Das Beneficium Competentiae,

seine Geschichte und heutige Geltung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Königl. Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Wilhelm Bauder
Justizreferendär.

ACAD. LAND BAT. BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1905.

Genehmigt von der juristischen Fakultät der Universität Tübingen
am 15. Dezember 1904.

Referent: Prof. Dr. **v. Wendt.**

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Die Aufgabe 4
§ 3. Die Bezeichnung „beneficium competentiae“ 5

Erster Teil.

Das beneficium competentiae im römischen und gemeinen Recht.

A. Der Inhalt des beneficium competentiae.

§ 4. Die Theorien 8
§ 5. 1. Der Inhalt im vorjustinianischen Recht 9
§ 6. 2. Der Inhalt im justinianischen Recht 11
§ 7. 3. Der Inhalt im gemeinen Recht 15
§ 8. B. Die einzelnen Fälle des beneficium competentiae 18
§ 9. C. Die prozessuale Behandlung 21
§ 10. Die Restforderung insbesondere 26
§ 11. Das beneficium competentiae eine dilatorische Einrede . 31
§ 12. D. Rechtlicher Charakter und Stellung im System 32
§ 13. E. Zusammenfassung 34

Zweiter Teil.

Reste und Nachbildungen des beneficium competentiae im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Kapitel I. Einleitung.

§ 14. Das beneficium competentiae in den Partikularrechten . 35
§ 15. Grund für die ablehnende Haltung der Partikularrechte. Stellung des Entwurfs I B.G.B. 37
§ 16. Sind die römischen und gemeinrechtlichen Fälle des beneficium competentiae im Bürgerlichen Gesetzbuch verwertbar? 41

Seite

Kapitel II. Reste und Nachbildungen des beneficium competentiae im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 17. Vorbemerkung 43
§ 18. Das Kriterium 45

A. Die Reste des beneficium competentiae.

§ 19. Die Fälle 46
§ 20. Der Inhalt 49
§ 21. Rechtlicher Charakter 53
§ 22. Prozessuale Behandlung 54

B. Die angeblichen Nachbildungen des beneficium competentiae.

§ 23. Vorbemerkung 61
§ 24. B.G.B. §§ 528, 529 61
§ 25. B.G.B. § 829 65
§ 26. B.G.B. §§ 1603, 1605, 1608, 1609 66
§ 27. B.G.B. § 1579 68
§ 28. B.G.B. § 1708 Abs. 2 72
§ 29. B.G.B. § 1620 73
§ 30. Prozessuale Behandlung der angeblichen Nachbildungen . 73
§ 31. Schluß 78

Literaturverzeichnis.

A. Monographien.

Hellfeld, opuscula et dissertationes 1775, dissertatio XXV: de beneficio competentiae, abgedruckt auch in Barth, Sammlung von Dissertationen Bd. 2 1836 Nr. 30.

Thibaut, Civilistische Abhandlungen 1814. Abhandlung Nr. 16.

Holtius, in bibliothèque du Jurisconsulte et du Publiciste Bd. 1 1826 S. 389 ff. Abgedruckt auch in „Abhandlungen civilist. und handelsrechtl. Inhalts von Holtius". Übersetzt von Sutro 1852. Abhandlung Nr. 5. (Danach ist zitiert.)
Dazu: Schröter in der Kritischen Zeitschrift f. Rechtswissenschaft Bd. 4 1828 S. 76 ff. und Holtius ebenda S. 504.

Heimbach, in Weiskes Rechtslexikon 1838 Bd. 1 S. 877 ff.

Francke, Über die Rechtswohlthat der Kompetenz nebst Bemerkungen über die sogen. prozessuale Konsumption der Klagen. Arch. f. civil. Praxis 1840 Bd. 23 S. 387—431.

Sintenis, Von der prozessualen Natur des benef. comp., in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Prozeß 1841 Bd. 15 S. 312—342.

Altmann, Das benef. comp., seine historische Entwicklung, juristische Natur und gegenwärtige Geltung. Inaug.-Dissert. Berlin 1888.

Fischer, Zur prozessualen Behandlung des benef. comp., in Iherings Jahrbücher f. Dogm. 1895 Bd. 34 S. 459—475.

Wünsch, Zur Lehre vom benef. comp., ausgew. Leipziger Doktor-Diss. 1897.
Dazu: Krüger in Grünhuts Zeitschrift 1899 Bd. 26 S. 456 bis 460.

Vgl. auch Kohler in seiner Abhdlg. „Recht und Prozeß", Grünhuts Zeitschrift 1887 Bd. 14 S. 1 ff.

Nach Abschluß der Arbeit wurde dem Verf. bekannt:

Klingemann, Inhalt, rechtliche Natur und Anwendungsgebiet des benef. comp. im römischen und gemeinen Recht, sowie Aufnahme dess. in das Bürgerl. Gesetzbuch. Inaug.-Diss. Rostock 1904.

B. Lehrbücher, Kommentare usw.

Keller-Wach, Der römische Civilprozeß und die Aktionen. 6. Aufl. 1883.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900.

Materialien zum B.G.B. zitiert nach den amtlichen Ausgaben.
Recht der Schuldverhältnisse, erl. von Oertmann. 1899.
Kommentar zum B.G.B. für das Deutsche Reich. Herausgegeben von Staudinger. Bd. 2 1899, Bd. 4 1901.
Das B.G.B. erläutert von Planck usw. Bd. 1 3. Aufl. 1903, Bd. 2 1900, Bd. 4 1901.
Fischer-Henle, Handausgabe des B.G.B. 5. Aufl.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1897.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2 Abt. 1, 2. 1899.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1900, Bd. 2 1901.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 8. Aufl. 1903, Bd. 2 3.—5. Aufl. 1900.

§ 1.

Einleitung.

„. . . Übt Natur die Mutterpflicht;
Einstweilen, bis den Bau der Welt
Philosophie zusammenhält,
Erhält sie das Getriebe
Durch Hunger und durch Liebe."
Schiller „Die Weltweisen".

Ein wahres Wort, denn das „einstweilen" wird ewig dauern!

Hunger — Liebe, Egoismus — Altruismus, das sind die Pole, um die sich, wie im Leben des einzelnen Menschen, so im Leben der Menschheit alles dreht. Nackter Egoismus herrscht bei allen jugendlichen Völkern: Befriedigung der Bedürfnisse und Begierden des Ichs steht beherrschend im Vordergrunde, Rücksicht auf den körperlich oder wirtschaftlich Schwachen kennt man nicht; wozu ist er denn schwach, als um geknechtet zu werden? Dieser Egoismus der Menschen wird in die Religion, in das Staatsleben, in das Recht hineingetragen: Die Gottheit ist selbstsüchtig, erzürnt und beleidigt heischt sie Menschenopfer oder Hekatomben. Der Träger der Staatsgewalt verfolgt seine eigenen Interessen, das Wohl der Untertanen gilt ihm nichts, oder doch wenig („l'État, c'est moi"). Darnach ist auch der Charakter des Rechts: es ist streng, begehrt Durchführung bis in die äußersten Konsequenzen: die

Regel gilt alles, der einzelne Fall gilt nichts: ita scriptum est, ita jus esto.

Es ist die große kulturgeschichtliche Entwicklung: Zurückräumung der eigenen Interessen und Versöhnung derselben mit fremden: Der zürnende, strafende Gott wird auch der wohlwollende und liebende. Der Staat erkennt als seine höchste Aufgabe, die Wohlfahrt der Untertanen zu bewirken, und der Träger der Staatsgewalt wird der erste Diener des Staates. Und so gelangte man auch zu der Überzeugung, daß das Recht, die Rechtsform und die Rechtsregel, nicht Selbstzweck sei, sondern Mittel zum Zweck, daß man gerecht schließlich nur das nennen könne, was der Billigkeit entspreche und dem einzelnen Fall angemessen sei. Speziell im Verkehrsrecht gilt nun nicht bloß das, was gesagt ist (uti lingua nuncupassit, ita jus esto), sondern auch der unausgesprochene, vielleicht unbewußte Wille der Parteien: bona fides, Treu und Glauben, zieht ein und regiert den Verkehr.

Einen kleinen Ausschnitt und Beweis dieser kulturgeschichtlichen Umwälzung und Entwicklung zeigt das sogen. beneficium competentiae, in dem altruistische Motive und Gedanken zur Gestaltung kamen.

Wir werden in das Privatrecht geführt, und zwar zunächst in das römische und weiterhin in dessen Fortbildung, das gemeinrechtliche. Wir finden, daß allmählich die Erkenntnis dämmert, das strenge Recht mit seinen abstrakten Verallgemeinerungen sei denn doch nicht immer das dem Gerechtigkeitsgefühle entsprechende; an besonders krassen Fällen wurde erkannt, daß man die Rechtsregel durchbrechen, daß man inkonsequent sein müsse, damit Recht nicht als Unrecht erscheine.

Das für alle geltende Recht (jus commune) sagte, daß der Schuldner, vom Gläubiger belangt, auf den vollen Betrag seiner Schuld verurteilt wird, auch wenn sein Vermögen

zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreicht: Dann verfiel er eben den — überaus harten — Folgen der Insolvenz. Diese Folgen schienen unerträglich, wo Gläubiger und Schuldner in einem Verhältnisse der „Liebe und Achtung“ [1]) standen. Wenn in solchen Fällen das moralische Element nicht stark genug war, den Gläubiger von der Herbeiführung jener Folgen abzuhalten, so mußte es eben zum Recht erhoben werden.[2]) Das taten die Römer, indem sie ein jus singulare (privilegium i. weit. Sinn, beneficium juris), eine Rechtswohltat schufen.

Die so geschaffene Rechtswohltat reichte zuerst, wie wir sehen werden, nur soweit, um die Folgen der Insolvenz zu vermeiden. Jedoch die Billigkeitserwägungen, die dem Institute zugrunde lagen, führten im justinianischen Recht zu einer Ausdehnung, und das gemeine Recht gab dem Institut, für das es den Namen prägte, einen Inhalt, der angeblich in den römischen Quellen gegründet war: Die humaneren Anschauungen hatten das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner milder gestaltet, und so wurde der Rechtswohltat jener im römischen Recht privilegierten Personen ein neuer Inhalt gegeben, der, wie man nicht bemerkte, den Inhalt eines anderen Rechtsinstituts kreuzte (s. unten § 15 II). Je klarer man den dadurch ins Privatrecht getragenen Widerspruch erkannte, um so energischer wurde an die Rechtswohltat die Axt gelegt: so kommt es, daß das suchende Auge in unserem bürgerlichen Rechte nur wenige Stellen entdecken kann, die an das beneficium competentiae erinnern.

---

[1]) So Gans, Arch. f. d. civil. Praxis Bd. 2 S. 242.

[2]) Sintenis S. 319 und Civilrecht Bd. 2 S. 164.

§ 2.

Die Aufgabe.

Die vorliegende Arbeit will einen Überblick über den Entwicklungsgang des beneficium competentiae gewähren und seine heutige Geltung untersuchen.

Der Umfang der geschichtlichen Erörterungen wird sich von selbst ergeben: Liegt alles klar und glatt, so kann man sich kurz fassen; anders aber, wenn man auf Schritt und Tritt Unklarheiten und Kontroversen begegnet und sich einer umfangreichen Literatur gegenübersieht. Verfasser hat es sich nicht versagen können, im Streite der Meinungen das Für und Wider zu prüfen und selbst Stellung zu nehmen: auf diese Weise sind die geschichtlichen Erörterungen über den ursprünglich beabsichtigten engeren Rahmen hinausgewachsen; aber Verfasser glaubt sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, daß er zu weitläufig geworden ist. Denn er ist überzeugt, nur durch intensive Beschäftigung mit der gemeinrechtlichen Literatur einerseits der traditionellen Überschätzung des beneficium competentiae und der gesunden Reaktion gegen dieselbe inne geworden zu sein und andererseits den Blick geschärft zu haben für die Betrachtung des geltenden Rechts, das daraufhin untersucht werden wird, ob sich in ihm Reste und Nachbildungen des beneficium competentiae finden.

Als „Reste" des benef. comp. sollen solche Fälle zusammengefaßt werden, die schon im früheren Recht aufgeführt sich im Bürgerlichen Gesetzbuch wiederfinden. Unter die Rubrik „Nachbildungen" sollen dagegen solche Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs fallen, die, weil gleicher juristischer Wesenheit mit jenen Resten, als vom Bürgerlichen Gesetzbuch neu gebildete Fälle des benef. comp. erscheinen.

Wenn man nun weiter bedenkt, daß dem benef. comp. doch sicher ein sozialer oder wirtschaftlicher Gedanke zugrunde liegt, so kann man Nachbildungen des benef. comp. auch in solchen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden, die diesen Gedanken, wenn auch in anderer Rechtsform, verwirklichen wollen. Ob ein dahingehender Wille bestand, müßte vor allem aus den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch hervorgehen. Würde man, ohne daß jener Wille vorliegt, oder sonst ganz triftige Gründe es nahelegen, von Nachbildungen des benef. comp. sprechen, so wäre das ein ungerechtfertigter, nur verwirrender Sprachgebrauch.

§ 3.

Die Bezeichnung „beneficium competentiae".

Wenn die neueren Pandektenlehrbücher von einer „Rechtswohltat des Notbedarfs" (so vor allem Windscheid II § 267) oder — besonders häufig — von einer „Rechtswohltat der Kompetenz" (so insbesondere Dernburg, Pand. II § 57) sprechen, so ist und soll das sein nur eine mehr oder weniger vollständige Verdeutschung des lateinischen Ausdrucks „beneficium competentiae". Diese Bezeichnung ist aber nach Gans[1]) „unrömisch und unschicklich". In der Tat sucht man ein „benef. comp." im corpus juris civilis[2]) und überhaupt in den römischen Rechtsquellen vergebens: in so vielen Verbindungen sich das Wort „beneficium" findet, in Ver-

[1]) Arch. f. d. civil. Praxis Bd. 2 S. 242.

[2]) „competere" findet sich im corp. jur. civ. häufig, aber lediglich in der Bedeutung, die competere auch sonst hat = zutreffen, entsprechen, angemessen sein. „competentia" kommt im corp. jur. civ. nicht vor; es ist ein spätrömisches Wort = das Zusammentreffen, die Analogie, Proportion.

bindung mit „competentia“ findet es sich nie. Der Ausdruck „benef. comp.“ kam erst Mitte des 17. Jahrhunderts[1]) auf, als sich der Begriff „competentia“ für die Summe des zum Leben Notwendigen gebildet hatte, in welcher Bedeutung Kompetenz uns noch heute geläufig ist. Jacobus Gothofredus macht dem benef. comp. noch den Beisatz „quod vocant“, ein Beweis, daß die Bezeichnung zu seiner Zeit aufkam. Aber schon Voet läßt diesen Beisatz weg, und seitdem ist das „benef. comp.“[2]) als Sammelname für eine Anzahl gleichartiger Fälle eingebürgert, die im corpus juris civilis zerstreut liegen, deren wichtigste sich jedoch in dem Titel de re judicata D. 42,1 zusammengestellt finden.

Damit ist schon gesagt, daß die römischen Juristen keine zusammenfassende Bedeutung kennen für die Fälle, welche das gemeine Recht unter dem benef. comp. zu subsumieren pflegte. Am häufigsten kehrt die Bezeichnung wieder: condemnatio in id quantum (oder condemnatio quatenus) debitor facere potest

vgl. § 37 I. 4,6; l. 63 pr., § 1, § 7 D. 17,2; l. 15 § 2, l. 18 pr. D. 24,3; l. 19 § 1, l. 20—25, l. 49 D. 42,1; l. 7 D. 49,17; l. 173 pr. D. 50,17;

gleichbedeutend wird hin und wieder gesprochen von einer condemnatio, quatenus facultates patiuntur

vgl. § 37 I. 4,6; l. 49 D. 2,14

oder ut non ultra facultates damnetur.

vgl. l. 21 D. 42,1

---

[1]) vgl. die überzeugenden Darlegungen bei Altmann S. 48 Note 8. — competentia in der hier interessierenden Bedeutung kommt natürlich schon viel früher vor: vgl. Zitate aus den Jahren 1232 und 1264 bei Du Cange, glossarium mediae et infimae latinitatis sub voce „competentia“.

[2]) Bisweilen findet sich dafür „privilegium deductionis“.

Von einem „beneficium“ wird nur äußerst selten gesprochen:
l. 13 D. 24, 3; l. 63 § 1 D. 17, 2;
einigemal ist von einem „honor“ die Rede:
l. 15 § 2, l. 17 pr. D. 24, 3.

Im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch kommt natürlich ein „benef. comp.“ nicht vor, auch eine der oben genannten Verdeutschungen findet sich nicht. Aber es ist ja nicht entscheidend, ob sich das technische Wort im Bürgerlichen Gesetzbuch wiederfindet. Denn wie hinsichtlich anderer Rechtsinstitute, so ist es auch hinsichtlich des benef. comp. eine dankbare Aufgabe, zu untersuchen, ob durch Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein gleiches oder doch analoges Rechtsinstitut geschaffen ist: dankbar ist die Aufgabe, weil nach erfolgreicher Untersuchung eine reiche gemeinrechtliche Literatur für die Ausschöpfung des Bürgerlichen Gesetzbuchs verwertet werden kann.

Erster Teil.

Das beneficium competentiae im römischen und gemeinen Recht.

A. Der Inhalt des beneficium competentiae.

§ 4.

Die Theorien.

Es ist von vornherein wahrscheinlich, daß die verschiedene Bezeichnung unseres Rechtsinstituts im römischen und gemeinen Recht nicht bloß ein äußerliches Moment ist, sondern — aus der unmittelbaren Bedeutung der Bezeichnungen condemnatio in quantum debitor facere potest und beneficium competentiae gefolgert — einen verschiedenen Inhalt der Rechtswohltat im römischen und gemeinen Recht zu erkennen gibt.

Übereinstimmend wird im gemeinen Recht das benef. comp. definiert als ein Recht des Schuldners, in gewissen Fällen nur auf soviel verurteilt zu werden, als er nach Abzug des für ihn und seine Familie nötigen Unterhalts leisten kann: von Holtius und Wünsch sogen. Alimententheorie. In dieser Weise glaubte man die in den römischen Quellen sich findende condemnatio in quantum debitor facere potest auffassen zu dürfen und zu sollen.

Diese Auffassung, die vordem fast unwidersprochen[1])

[1]) Ein Widerspruch ist in der Glosse erwähnt, s. Holtius S. 83; Francke S. 390; Wünsch S. 15.

herrschte, wurde lebhaft angegriffen seit Aufkommen der historischen Rechtsschule, als man anfing, die Rechtsquellen wieder vernünftig zu behandeln, und davon abließ, moderne Gedanken in dieselben hineinzutragen: Nun wurde kritisch geprüft, ob die Deutung und der Inhalt, den das benef. comp. der römischen condemnatio in quantum debitor facere potest gab, durch sinngemäße Interpretation der Quellenstellen ihre Bestätigung finden.

Beiläufig streift Gustav Hugo[1]) das benef. comp. und weist auf den Unterschied einer früheren und der geltenden Auffassung hin. Erst Schömann[2]) eröffnet zielbewußt den Angriff gegen die landläufige Auffassung des benef. comp. Er fand mit seinen Ausführungen reichen Beifall, wurde aber doch von gewichtiger Seite (Thibaut und Unterholzner) bekämpft. Infolge eines Mißverständnisses, dem die Ausführungen Schömanns begegneten, entstand die Theorie vom sogen. doppelten benef. comp. (Vertreter: v. Vangerow, Zimmern, Mühlenbruch).[3]) Nur Holtius erkannte in den Darlegungen Schömanns den wahren Kern, den nach ihm Wünsch noch deutlicher herausgearbeitet hat.

§ 5.

1. Der Inhalt des benef. comp. im vorjustinianischen Recht.

I. Die Entstehung und zugleich der ursprüngliche Inhalt unserer Rechtswohltat kann nur verstanden werden im Hinblick auf das altrömische Exekutionsverfahren.

---

[1]) Civil. Magazin Bd. 3 1812 S. 241; Lehrbuch des heutigen römischen Rechts 1826 Bd. 4 S. 245; Lehrb. der Geschichte des röm. Rechts 9. Ausg. S. 796.

[2]) vgl. Handbuch des Civilrechts 1. Bd. 1806 S. 63 ff.

[3]) s. darüber Wünsch S. 21 f.

Grundsätzlich ist die Person des Schuldners dem Gläubiger verhaftet, und es wird somit der denkbar größte Druck auf den Schuldner ausgeübt, etwa vorhandenes Vermögen herauszugeben. Die Personalhaft des Schuldners wurde geltend gemacht durch die actio judicati: der Schuldner wurde dem Gläubiger nach Beobachtung gewisser Formen addiziert, wodurch der Gläubiger das Recht erhielt, nach Belieben über den Schuldner zu verfügen, sogar ihn zu töten oder ins Ausland (trans Tiberim) zu verkaufen. Die Verfügungsmacht des Gläubigers wurde allerdings im Lauf der Zeit beschränkt (lex Poetelia 313 vor Chr.), aber im Prinzip bestand die Personalexekution noch im justinianischen Recht.

Eine direkte Vermögensexekution schuf erst der Prätor in Gestalt der missio in bona mit nachfolgender venditio bonorum. Aber auch hier kam der Schuldner schlecht weg: er haftete, wenn nicht mit seiner Person, so doch mit seiner Ehre, er wurde infamis.

II. Dieser Stand des Vollstreckungsverfahrens war ganz dazu angetan, den Prätor in besonders geeigneten Fällen zur Schaffung eines billigen Ausnahmerechts zu veranlassen: die Neuschöpfung ist unsere Rechtswohltat, und man ist in der Tat einig, daß sie ihrem ganzen Charakter nach nur auf den Prätor zurückgeführt werden kann.[1]) Genaue, direkte Nachrichten über die Zeit der Einführung fehlen: Da die Rechtswohltat aber von Ofilius, einem Zeitgenossen von Cicero, als geltendes Recht erwähnt wird,[2]) und wir keine Nachrichten über frühere Existenz haben, so liegt die Vermutung nahe, daß sie nicht lange vor der Zeit des Ofilius eingeführt wurde.[3])

---

[1]) Die ersten Fälle finden sich im Edikt, s. Altmann S. 3f.; Wünsch S. 30.

[2]) cf. l. 18 § 1 D. 24,3.

[3]) Holtius in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 4 S. 504; Wünsch S. 30.

III. Über den Inhalt des vorjustinianischen beneficiums herrscht, darf man sagen, heute kein Streit mehr. Man gibt allgemein zu, daß die condemnatio in quantum debitor facere potest streng wörtlich zu nehmen ist und daß keinerlei Kunstbedeutung untergeschoben werden darf, wie es insbesondere Thibaut versuchte.[1]) Der Schuldner wird verurteilt auf id, quod facere potest, auf soviel er leisten kann. Diese Auslegung kann gar keinem Zweifel begegnen, denn in § 37 I. de act. 4,6 wird condemnari quatenus facere possit gegenübergestellt dem in solidum damnari und erklärt mit condemnari quatenus facultates patiuntur; facultates bedeutet das Vermögen: also Verurteilung nicht auf den Betrag der Schuld (in solidum), sondern auf den Betrag des gegenwärtigen Vermögens (quatenus facultates patiuntur). Der Schuldner hat demgemäß der actio judicati vollkommen genügt, wenn er sein ganzes Vermögen herausgibt, denn mehr verlangt das Urteil von ihm nicht. Sein Vermögen hätte er allerdings auch ohne die Rechtswohltat herausgeben müssen; die Vorteile des beneficiums müssen also negativer Art sein: der Schuldner wird vor den Folgen bewahrt, die daraus entsprungen wären, daß er nicht mehr hätte zahlen können, als sein Vermögen betrug, er wird bewahrt vor den Folgen der Zahlungsunfähigkeit, die — Personalhaft auf der einen, infamia auf der anderen Seite — ganze oder teilweise Vernichtung der bürgerlichen Existenz bedeuten.

§ 6.

2. Der Inhalt des benef. comp. im justinianischen Recht.

I. Die herrschende Lehre behauptet, im justinianischen Recht habe sich der Charakter unserer Rechtswohltat geändert;

[1]) Zitierte Zeitschrift S. 348. Man vgl. die energische und treffende Zurückweisung bei Holtius S. 86 f.; s. auch Wünsch S. 47 ff.

habe sie vorher hauptsächlich Abwendung der Personalexekution bezweckt, bestehe sie nunmehr in einer Beschränkung der Realexekution: das sei insbesondere in l. 173 pr. D. de reg. jur. ausgesprochen. Indem die lex Julia de cessione bonorum (eingeführt unter Julius Cäsar oder Augustus)[1] jedem Schuldner ermöglicht habe, der Personalhaft zu entgehen, sei der frühere Inhalt „überholt und überflüssig" geworden: dem unpraktisch gewordenen Rechtsinstitut habe man dadurch wieder Bedeutung verschafft, daß man dem privilegierten Schuldner den Unterhalt gelassen habe.[2])

II. Es ist nun zu untersuchen, ob tatsächlich unsere Rechtswohltat im justinianischen Recht einen anderen Inhalt hat, als im vorjustinianischen. Man kann die Untersuchung in die Frage kleiden: War die Situation des zahlungsunfähigen Schuldners im justinianischen Recht eine so gute, bezw. waren die Gründe, die zur Einführung der Rechtswohltat geführt hatten, so weit weggefallen, daß die Neuerung Justinians in l. 173 coll. nicht sowohl als Verstärkung des alten beneficiums, sondern als Neuschöpfung desselben erscheint?

1. Zunächst ist der herrschenden Lehre darin Recht zu geben, daß sie l. 173 coll. in ihrer Allgemeinheit nimmt und nicht restriktiv interpretiert, wie das Schömann und diesem folgend Heimbach getan haben.[3]) Schwerwiegende Bedenken[4]) sind allerdings gerechtfertigt, aber man wird doch nicht umhin können, in jener lex eine allgemeine, d. h. sich

---

[1]) vgl. Francke S. 409; Wünsch S. 34 f.; Sohm, Institutionen 5. Aufl. § 42 III.

[2]) vgl. insbes. Francke S. 412, 414; Altmann S. 7 f.; Windscheid II § 267 Note 1 spricht von einer späteren liberaleren Interpretation des facere posse.

[3]) Schömann a. a. O. S. 68; Heimbach S. 878.

[4]) s. Wünsch S. 57 f. u. die dort Angef.

auf alle Fälle der Rechtswohltat beziehende gesetzliche Anerkennung der Milderung zu sehen, die zuerst und allein beim Schenker[1]) zugelassen ist.

2. Was ist nun gemeint, wenn l. 173 cit. sagt: „in condemnatione personarum, quae in id, quod facere possunt, damnantur, ... ratio habenda est, ne egeant"?

Ist damit, wie die herrschende Meinung behauptet, ein Abzug des Lebensunterhaltes gewährt? Zweifellos besagt die Stelle, den privilegierten Personen soll nicht alles bis auf Heller und Pfennig, „nicht gerade alles haarklein" (Schömann) genommen werden (non totum extorquendum est), sondern es soll ihnen das zum Leben Nötige gelassen werden (ne egeant). Ein Maßstab für dieses Nötige ist jedoch nicht gegeben, noch weniger sind die zu belassenden Gegenstände einzeln aufgeführt.

l. 30 D. 42, 1 spricht jedoch von einem „sufficiens aliquid", daraus folgt, daß der Maßstab sicher kein großer war und der Abzug nur die allernotwendigsten Gegenstände für Kleidung und Nahrung, ein Existenzminimum — modern ausgedrückt — umfaßt haben kann. Diese Auffassung findet eine starke Stütze in der Tatsache, daß die Institutionen, die doch die Prinzipalsätze des justinianischen Rechts kurz wiedergeben wollen, an der Stelle, wo sie unser Institut behandeln (§§ 37—40 I. 4, 6), von irgend welchem Abzug und Zurückbehalten nichts erwähnen: Hätte der privilegierte Schuldner nach justinianischem Recht wirklich nennenswerte Vermögensstücke behalten dürfen, so wäre das in den Institutionen

[1]) l. 19 § 1, l. 30 D. 42, 1, aber auch beim Schenker nur zögernd, vgl. das „puto" in l. 19 § 1. — Krüger S. 459 interpretiert l. 19 § 1 coll. zweifellos falsch, und es ist daher auch seine Folgerung, Justinian habe keine Änderung mehr gebracht, hinfällig.

zweifellos vermerkt, auch hätte dann Theophilus in seiner Paraphrase zu § 37 I. 4, 6 das Beispiel, das er zur Erläuterung der Stelle anführt, anders gestaltet.[1])

Mit dieser Feststellung des zu Belassenden ist die Beantwortung der oben gestellten Frage gewissermaßen präjudiziert. Der alleinige Inhalt des justinianischen beneficiums kann doch kein so geringfügiger Abzug gewesen sein!

3. Die Behauptung der herrschenden Lehre, durch die Einführung der lex Julia de cessione bonorum sei der alte Inhalt der Rechtswohltat unpraktisch geworden, ist denn auch eine durch und durch oberflächliche.[2]) Durch die cessio bonorum mag unsere Rechtswohltat etwas in den Hintergrund gedrängt worden sein, verdrängt wurde sie nicht.

Auf Grund der cessio bonorum konnte durchaus nicht jeder Schuldner der Personalhaft entgehen, sondern nur derjenige, welcher den schwer erbringlichen Beweis lieferte, daß er unverschuldet in Vermögensverfall geraten war; wurde er nun der Vorteile der cessio bonorum teilhaftig, so entging er wohl der infamia juris, fiel aber einer, auch schwer treffenden infamia facti, einer „Ehrenminderung kraft öffentlicher Meinung" (Windscheid) anheim, von der bei der Rechtswohltat keine Rede sein kann.

Daß neben der cessio bonorum für unsere Rechtswohltat noch genügend Raum vorhanden war, beweist auch

---

[1]) Theophilus sagt: Hat der mit der actio de dote auf 100 belangte Ehemann 50, so wird er auf diese 50 verurteilt. — In ganz willkürlicher Weise wird dieser Stelle des Theophilus die Beweiskraft für das justinianische Recht abgesprochen von Francke S. 393 f.; Altmann S. 2; gegen diese Wünsch S. 53 f.

[2]) Man vgl. die eingehenden von Krüger S. 460 gelobten Untersuchungen über die cessio bonorum und insbesondere ihr Verhältnis zum benef. condemnationis bei Wünsch S. 33—43, 61, 62.

schlagend die — bislang noch nicht hervorgehobene — Tatsache, daß gerade die meisten Anwendungsfälle in der Zeit nach Einführung der cessio bonorum geschaffen wurden.[1]) Es ist geradezu undenkbar, daß die praktisch veranlagten und logisch denkenden Römer Fälle des beneficiums neu aufgestellt hätten, wenn dieses wirklich neben der cessio bonorum ein Schattendasein geführt hätte!

III. Es ist also gar kein Anlaß vorhanden, die zweifellose, aber praktisch wenig weitreichende Neuerung Justinians als eine Neuschöpfung des beneficiums anzusehen. Der Abzug des Allernotwendigsten ist eine „Zutat, eine Ausdehnung der an sich schon sehr vorteilhaften Rechtswohltat".[2]) Lediglich an diese „Zutat" will l. 173 pr. D. de reg. jur. erinnern, keineswegs aber die Natur des beneficiums selbst erklären.

§ 7.

3. Der Inhalt des benef. comp. im gemeinen Recht.

Schon oben (§ 4) wurde gesagt, daß im gemeinen Recht fast unwidersprochen die sog. Alimententheorie herrschte: kraft des benef. comp. wird der Schuldner nur auf soviel verurteilt, quantum facere potest salvis alimentis;[3]) der Schuldner darf soviel behalten, als er zu seinem und —

---

[1]) Es ist verwunderlich, wenn Altmann, ein Anhänger der herrschenden Lehre, auf S. 5 f. nicht weniger als 5 nach Einführung der cessio bonorum geschaffene Fälle aufzählt, bevor er die „Feststellung des allgemeinen Prinzips des benef. comp. (l. 173 D. 50, 17)" konstatiert.

[2]) Holtius S. 91, 93. Beistimmend Wünsch S. 59 f. und Krüger S. 457.

[3]) so definiert Hellfeld § 1.

wie allgemein gelehrt wird[1]) — seiner Familie Unterhalt braucht. Ja, z. T. wird dem Schuldner sogar standesgemäßer Unterhalt zugebilligt.[2])

Wie findet man sich mit diesem Inhalt ab, der jahrhundertelang in Theorie und Praxis unserem beneficium gegeben wurde, der aus den römischen Quellen hergeleitet wurde, aber — wie wir gesehen — sich aus denselben nicht begründen läßt?

Man wird dasselbe sagen müssen, wie bezüglich der Auffassung des gemeinen Rechts von der römischen condictio sine causa[3]), die, wie nachgewiesen ist[4]), sich ebenfalls aus den römischen Quellen nicht begründen läßt: hier, wie bei unserer Rechtswohltat haben wir es mit Umbildungen römischer Rechtsinstitute zu tun, die auf dem Wege des Gewohnheitsrechts geltendes Recht geworden sind.

Schließlich ist die Umbildung des benef. comp. im gemeinen Recht ganz begreiflich: zur Zeit der Glossatoren bis in die neuere Zeit hinein hatte man keine genauere Kenntnis von den altrömischen Verhältnissen und konnte daher nicht ermessen, wie die Einführung der condemnatio in qu. d. f. p. im Zusammenhang stand mit dem harten Exekutionsverfahren, zumal sich im corpus juris nirgends ein Hinweis auf Personalhaft und Infamie findet; es ist nun sehr erklärlich, daß man beim Suchen nach der Bedeutung der condemnatio in qu. d. f. p. auf die l. 173 pr. D. 50, 17 stieß und in dieser Stelle ein allgemeines Prinzip zu finden wähnte, daß man sich täuschen ließ und etwas als den Inhalt hinnahm, was den Römern nur Nebensache gewesen war. Nach dem Um-

---

[1]) s. Windscheid II § 268 Note 1.

[2]) Hellfeld § 2: . . . quae dignitati et conditioni convenientem faciunt . . . .

[3]) formuliert insbes. bei Windscheid II § 422.

[4]) Bolze, Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 78, 79.

fang des in l. 173 cit. zugelassenen Abzugs suchend, warf man — das darf als festgestellt erachtet werden — das benef. comp. mit der exceptio nisi bonis cesserit zusammen.[1]) Kraft der exceptio nisi bonis cesserit konnte nämlich der Schuldner, der bonis cediert hatte, die nicht befriedigten Forderungen früherer Gläubiger so lange zurückweisen, als er nicht „idoneum emolumentum", nicht mehr, als die „alimenta quotidiana" hatte[2]): das benef. condemnationis, das einem solchen Schuldner ebenfalls zustand, griff erst ein, wenn die exceptio nisi bonis cesserit versagte. Die Bestimmungen nun, die tatsächlich für die exceptio nisi bonis cesserit galten, betrachtete man fälschlich als solche über das benef. condemn. eius, qui bonis cessit und, da dieser Fall der Rechtswohltat nichts besonderes an sich hat, übertrug man diese Bestimmungen auf die übrigen Fälle. So berufen sich zur Begründung des Inhalts, den sie unserer Rechtswohltat geben, die Pandektenlehrbücher noch heute regelmäßig auf jene Stellen, die tatsächlich von der exceptio nisi bonis cesserit handeln.[3])

---

[1]) Man vgl. die überzeugende Darstellung bei Wünsch S. 66—70. Den Grundgedanken von Wünsch verkennt anscheinend Krüger S. 457 Abs. 2, S. 458; das zeigt sich auch in der Art, wie er l. 6, l. 7 D. 42, 3 auf S. 459 vor Abs. 1 und S. 459 unten verwertet.

[2]) vgl. § 4 I. 4, 14; § 40 I. 4, 6; l. 6, l. 7 D. 42, 3; l. 7 C. 7, 71; l. 3 C. 7, 72.

[3]) vgl. z. B. Windscheid II § 268 Note 1.

§ 8.

B. Die einzelnen Fälle des beneficium competentiae.[1])

Die Rechtswohltat genießen:

A. Im römischen Recht.

I. Auf Grund nahen persönlichen Verhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner.

1. Aszendenten gegen Forderungen ihrer Deszendenten.

2. Patrone gegen Freigelassene.

Ad 1 und 2. l. 16, l. 17 D. 42, 1; l. 54 D. 24, 3.

3. Der Ehegatte gegen die Forderungen des anderen Ehegatten. cf. l. 20 D. 42, 1.

4. Die Ehefrau und der Schwiegervater gegen die Forderung auf Leistung der versprochenen dos; letzterer unbedingt nur während der Ehe.

l. 84 D. 23, 3; l. 17 pr. D. 24, 3; l. 21, l. 22 D. 42, 1.

II. Auf Grund der besonderen Beschaffenheit des obligatorischen Verhältnisses.

1. Der Ehemann und von seinen Erben sein Vater und seine Kinder aus der gelösten Ehe gegen die actio de dote.

l. 12—18 D. 24, 3; l. 21, l. 23, l. 24 § 1 D. 42, 1; l. un. § 7 C. 5, 13.

2. Die Gesellschafter gegen die actio pro socio.

§ 38 I 4, 6; l. 22 D. 42, 1. Indem l. 63 pr. D. 17, 2 das beneficium auch dem socius unius rei gibt, l. 16 D. 42, 1 dagegen nur von dem socius omnium bonorum spricht, ist eine Kontroverse entstanden, die sich wohl am besten

[1]) Die Aufzählung der einzelnen Fälle erfolgt nicht bloß der Vollständigkeit halber, sondern auch besonders im Hinblick auf § 16 der Darstellung. — Betr. der Rubrizierung vgl. Arndts, Pandekten 13. Aufl. 1886 § 225 und Wendt, Pand. 1888 § 179 Abs. 2.

dadurch schlichtet, daß man die beiden sich widersprechenden Stellen gegeneinander aufhebt.[1])

3. Der Schenker gegen die Schenkungsforderung.

Dieser Fall wurde eingeführt durch ein Reskript des Antoninus Pius (l 33 D. 23, 3), also erst sehr spät. Es ist das deswegen nicht auffallend, weil im älteren Recht vermöge der exceptio legis Iuliae die Klagbarkeit der Schenkungsforderung sehr eingeschränkt war.[2])

Das römische Recht ging davon aus, daß derjenige, welcher aus Freigebigkeit oder aus Gutmütigkeit und Unüberlegtheit Teile seines Vermögens hergegeben hatte, weder durch Erfüllung des Schenkungsversprechens selbst in Not geraten, noch wegen seiner anderweitigen Verpflichtungen nach Erfüllung des Schenkungsversprechens der Zahlungsunfähigkeit anheimfallen dürfe: Darum wurde dem Schenker zuerst erlaubt, das Notwendigste zurückzubehalten[3]) und — welcher Vorzug ihm allein verblieb — seine Schulden abzuziehen.

l. 33 D. 23, 3; l. 54 D. 24, 3; l. 12, l. 33 pr. D. 39, 5; l. 19 § 1, l. 30, l. 41 § 2 D. 42, 1.

4. Der Ehemann gegen die actio funeraria: l. 27 § 2, l. 28 D. 11, 7.[4])

III. Auf Grund besonderer Eigenschaften des Schuldners.

1. Soldaten gegen alle Forderungen l. 6 pr. l. 18 D. 42, 1.

2. Der Schuldner, der bonis cedierte hat, aber wieder

---

[1]) s. Windscheid II § 267 Note 8 und die dort Angeführten.

[2]) vgl. Francke S. 413.

[3]) s. oben § 6 zu Note 1 auf S. 13.

[4]) Arndts § 225 Note 4 und die dort Angeführten leugnen, daß hier ein Fall der Rechtswohltat vorliege, „weil die Forderung an sich auf id, quod facere potest beschränkt sei". Diese Ansicht bekämpft Altmann S. 40, der jedoch das Hauptbedenken der Angef. verkennt.

zu Vermögen gekommen, gegen die zur Zeit der cessio bonorum begründeten Forderungen.[1])

§ 40 I. 4, 6; l. 4 D. 42, 3.

3. Diejenigen, welche eben erst von der patria potestas frei wurden, ohne dabei einen beträchtlichen Teil des väterlichen Vermögens erhalten zu haben, für alle während der Dauer der patria potestas kontrahierten Schulden.

l. 2—7 D. 14, 5; l. 49 D. 42, 1.

IV. Auf Grund eines Vertrags mit dem Gläubiger kann für jeden Schuldner die Rechtswohltat begründet werden.

l. 49 D. 2, 14.

B. Gemeines Recht.

Außer den sub A angeführten Fällen wurden im gemeinen Recht noch weitere behauptet, die man teils aus dem corpus juris begründete, teils aus allgemeinen Gesichtspunkten, die den römischen Fällen zugrunde liegen, ableitete. Als Beispiel der 1. Gruppe ist hervorzuheben das aus l. 63 pr. D. 17, 2 behauptete benef. comp. der Geschwister; als Beispiel der 2. Gruppe sei angeführt das sogen. benef. comp. ex jure tertii und die Ausdehnung des benef. comp. der Soldaten auf die „milites coelestis militiae“ und auf die „militia spiritualis et togata“.[2])

C. Ausschluß des beneficium competentiae.

Das beneficium competentiae versagt:

1. Gegenüber Ansprüchen aus Delikten.

---

[1]) Der Behauptung Thibauts S. 350 f., die Rechtswohltat stehe dem Schuldner auch den neuen Gläubigern gegenüber zu, wurde allgemein widersprochen. s. Altmann S. 38 Note 45 f.

[2]) vgl. über das gemeine Recht Altmann S. 53—58 und die Dissertation von Hellfeld; s. auch Windscheid II § 267 Note 13.

2. Wenn sich der Schuldner arglistig der Erfüllung seiner durch Vertrag übernommenen Verpflichtungen entzogen hat bezw. entzieht.

In beiden Fällen hat der Gläubiger die Beweislast. l. 4 § 2 D. 14, 5; l. 21 § 6 D. 25, 2; l. 10, l. 22 § 1, l. 52 D. 42, 1.

3. Bei vorhergegangenem vertragsmäßigen Verzicht. Ein solcher ist in l. 14 § 1 D. 24, 3 zwischen Ehegatten für nichtig erklärt „namque contra bonos mores pactum est". Derselbe Gesichtspunkt wird von der herrschenden Lehre überall da verwendet, wo eine sittliche Pflicht zur Schonung des Schuldners besteht.[1])

§ 9.

C. Prozessuale Behandlung des benef. comp.

Es ist fast nie bestritten worden, daß unser beneficium dem Schuldner ein subjektives Recht gewähre, das im Prozeß in Form einer exceptio geltend zu machen sei.[2]) Die Quellen sprechen denn auch durchaus klar und unmißverständlich von unserer Rechtswohltat als einer exeptio.

---

[1]) vgl. Windscheid II § 268 Note 10; Altmann S. 42 f.

[2]) Sintenis berichtet allerdings S. 321, 342, er sei früher der Ansicht gewesen, die Rechtswohltat gehöre zu den Momenten, die der Richter ex officio wahrzunehmen habe, die also zu den Grundlagen des eingeklagten Rechts gehören: Schmidt, Die gemischten Einreden § 10 habe ihm hierin recht gegeben. Schmidt ging aber noch weiter: er sieht in dem Einklagen der ganzen Forderung eine Pluspetitio, die zur Abweisung des Klägers führt. s. Altmann S. 10 Note 2; Sintenis S. 321—323. Sintenis hat jedoch zugegeben, daß l. 2 pr., § 4 D. 14, 5, welche Stellen ihn zu seiner abweichenden Ansicht führten, die herrschende Lehre nur bestätigen.

vgl. l. 63 § 2 D. 17, 2; l. 17 § 1, § 2 D. 24, 3; l. 41 pr. D. 42, 1; l. 7 pr. D. 44, 1; l. 33 D. 46, 2.

Es soll aber durchaus nicht verkannt werden, daß die Wirkung dieser aus dem beneficium competentiae folgenden exceptio eine andere war, als sonst bei Exzeptionen, indem sie nicht Abweisung der Klage, sondern Minderung der Kondemnation herbeiführte, ferner daß sie in anderer Weise in der formula zum Ausdruck kam, nämlich nicht der intentio, sondern der condemnatio inseriert wurde; aber trotz dieser Verschiedenheiten darf man nicht sagen, die „exceptio" sei für unsere Rechtswohltat nur in weiterem Sinn gebraucht[1]) oder diese Bezeichnung sei nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit übertragen worden;[2]) denn für einen Verteidigungstatbestand, zudem wenn er prätorischen Ursprungs war, auf den man sich berufen mußte, wenn er Berücksichtigung finden sollte, der zur Zeit des Formularprozesses in jure geltend zu machen war und in die formula aufgenommen werden mußte, dafür hatten die Römer keine andere Bezeichnung, keinen anderen Begriff, als den der exceptio.[3]) So hatte denn auch Paulus bei seiner Definition der exceptio in l. 22 D. 44, 1 unser beneficium mit im Auge (conditio, quae minuit damnationem, minuierende Einrede).[4])

---

[1]) Keller-Wach S. 179.

[2]) Altmann S. 15, 17.

[3]) Wenn Altmann S. 11, 52 unser beneficium als eine taxatio charakterisiert, so ist das durchaus einseitig, da damit nur die technische Behandlung gekennzeichnet ist. Was für einen prozessualen Charakter er dem beneficium im justinianischen Recht beimißt, wo, wie er nicht verkennt, die taxatio längst nicht praktisch ist (cf. S. 17 unten, S. 52 oben), verrät Altmann nicht. — Sehr kurz sagt Krüger S. 460, das beneficium competentiae „sei eine wahre exceptio, eine Ausnahme vom Kondemnationsbefehl" gewesen!

[4]) s. Keller-Wach S. 178 unten, wo noch auf eine ähnliche Äußerung Ulpians l. 2 pr. D. 44, 1 hingewiesen ist.

I. Prozessuale Behandlung im Formularprozeß.

Man mußte sich, wie das bei jeder exceptio der Fall war, auf die Rechtswohltat in jure berufen. Der Prätor prüfte, ob nach dem persönlichen Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, nach der besonderen Beschaffenheit der Person des Schuldners oder des obligatorischen Verhältnisses die Rechtswohltat begründet erscheine: fand er einen Fall des beneficiums vorliegend, so nahm er einen entsprechenden Vermerk in die formula auf, und zwar — im Unterschied von sonstigen Exzeptionen — in die condemnatio. Stand z. B. dem Schuldner bei einer Darlehnsforderung die Rechtswohltat zu, so lautete die formula:

Si paret N^um N^um A° A° mille dare opportere, N^um N^um, dumtaxat in id quod facere potest, A° A° condemnato, si non paret absolvito.[1])

Die Wirkung des in jure geltend gemachten beneficiums ist demnach die Anweisung an den judex, wenn er die Forderung als zu Recht bestehend finde, nur beschränkt zu kondemnieren.[2]) Der Kondemnationsbefehl des Prätors ist eine sog. condemnatio cum taxatione und liegt in der Mitte zwischen der condemnatio finita und infinita: dem judex wird, falls er die Rechtsbehauptung in der intentio

---

[1]) vgl. Francke S. 395. Die Formel für die A° pro socio s. bei Altmann S. 13; Wünsch S. 64. — Als dann dem Schenker das Notwendigste gelassen wurde, bemerkte auch das der Prätor in der formula etwa im Anschluß an l. 30 D. 42, 1. Gegen die allgemeine Fassung bei Francke S. 395 und Wünsch S. 64 nach Note 135 ist zu bemerken, daß es längst keine formula mehr gab, als der geringe Abzug allgemein zugelassen wurde.

[2]) Wäre die Rechtswohltat als Ausnahme von der condemnatio gefaßt — und diese Fassung nimmt Krüger S. 460 unten an — so hätte das Abweisung des Klägers wegen plus petitio zur Folge gehabt: zweifellos hat dieses unerwünschte Resultat die abweichende Formulierung veranlaßt.

gerechtfertigt findet, anbefohlen, auf den noch unbestimmten Betrag des schuldnerischen Vermögens zu verurteilen.[1])

Gemäß der Anweisung der formula bewegte sich das Verfahren in judicio: Hatte der judex die Forderung begründet gefunden, so hatte er den Wert des schuldnerischen Vermögens zu ermitteln und in Höhe des ermittelten Wertes zu kondemnieren. Seine (des judex) condemnatio mußte vermöge ausnahmsloser Regel[2]) auf eine certa pecunia lauten, insbesondere auch beim Fall des Schenkers, dem ja schon frühzeitig das Notwendigste verbleiben sollte: der judex hatte da zu entscheiden, was dem Schuldner gelassen werden solle, und auf den Schätzungswert des übrigen Vermögens zu verurteilen.[3])

Maßgebend war das Aktivvermögen des Schuldners zur Zeit des Urteils (l. 63 § 6 D. 17,2; l. 15 pr. D. 24, 3); anderweitige Verbindlichkeiten wurden, wie wir gesehen haben,[4]) nur im Fall des Schenkers abgezogen; zugerechnet wird der Wert dessen, was der Schuldner dolose aus seinem Vermögen entfernt hat (l. 63 pr., § 7 D. 17,2; l. 68 § 1 eod.; l. 18 § 1 D. 24,3).

Eine besondere Eigenschaft der aus unserer Rechtswohltat fließenden exceptio ist die Möglichkeit, sie noch gegen die actio judicati geltend zu machen (l. 5 pr. D. 14,5; l. 17 § 2 D. 24,3; l. 33 pr. D. 39,5; l. 41 § 2 D. 42,1). Diese Möglichkeit, in den Quellen nur für einzelne Fälle hervorgehoben (Schenkung, dos, societas), ist nach der herrschen-

[1]) Die condemnatio cum taxatione findet sich auch sonst: ‚dumtaxat de peculio", „quanto locupletior factus est"; vgl. Keller-Wach S. 196—199.

[2]) Keller-Wach S. 196 Abs. 2.

[3]) Eben auch vermöge des Prinzips der certa pecunia condemnationis ist die v. Vangerowsche Theorie, daß der Abzug erst in der Exekutionsinstanz stattfinde, für die Zeit des Formularprozesses unhaltbar.

[4]) s. oben S. 19.

den Meinung auf diese nicht zu beschränken,[1]) auch werden nicht besondere Umstände verlangt, welche die nachträgliche Geltendmachung rechtfertigen.[2])

II. Prozessuale Behandlung nach Untergang des Formularprozesses.

Bekanntlich ist der Formularprozeß schon lange vor Justinian untergegangen[3]) und dadurch formell der ganze Prozeß ein Verfahren in jure geworden.[4]) Mit dem Wegfall der formula und der durch sie bedingten Cäsur des Verfahrens wurde auch die prozessualisch-technische Behandlung unserer Rechtswohltat vereinfacht. Die Aufgabe, die der judex gehabt hatte, fiel dem Magistrat zu. Indem Justinian in l. 173 D. de reg. jur. die vorher bloß dem Schenker gewährte Milderung auf alle Fälle ausdehnte, wurde auch die prozessuale Behandlung, die dieser Fall zu eigen gehabt hatte, allgemein.[5])

III. Prozessuale Behandlung im gemeinen Recht.

An der prozessualen Behandlung, wie sie im römischen Recht nach Abschaffung des Formularprozesses stattfand, hat das gemeine Recht im wesentlichen festgehalten; im einzelnen mußte sich natürlich die Technik wegen des neuen Inhalts der Rechtswohltat ändern: Stets hat jedoch die herrschende Lehre das benef. comp. angesehen als eine exceptio, als ein

---

[1]) s. insbes. Francke S. 389.

[2]) s. Windscheid II § 268 zu Note 6. Dagegen Altmann S. 20f. und ihm folgend Fischer S. 470.

[3]) Als Marksteine bezeichnet man l. 1, l. 2 C. 2, 57 vom Jahre 342 bezw. 428 n. Chr.

[4]) So Sohm, Institutionen 5. Aufl. S. 217.

[5]) l. 173 coll., auf welche sich v. Vangerow (Pand. 7. Aufl. I S. 290) und seine Anhänger vorzüglich stützen (Betonung des non totum extorquendum est...), geben keine Rechtfertigung für die rein theoretische Konstruktion eines zweifachen beneficiums. vgl. Francke S. 392ff.; Altmann S. 22f.

Recht des Beklagten, von dem er ordnungsmäßig im Prozesse Gebrauch machen mußte.[1])

Viel Kopfzerbrechen machte der gemeinrechtlichen Doktrin des Mittelalters die Möglichkeit, das beneficium auch in der Exekutionsinstanz vorzubringen. Diese Eigentümlichkeit nahm man in vollständig einseitigem Vorgehen zum Ausgangspunkt, als man daran ging, das benef. comp. in die vorhandenen Kategorien von Exzeptionen einzureihen, Kategorien, die ebenso unklar und konfus waren, wie die Ansichten über die Einwendungen des Beklagten überhaupt und speziell über die Exzeptionen.[2])

Von unmittelbarem Belang für das benef. comp. wurde Jüngster Reichstagsabschied § 68, wonach es nur dann noch in der Exekutionsinstanz vorgebracht werden konnte, wenn „Beklagter seines neuen Vorbringens vorher nicht Wissenschaft gehabt, sondern erst in Erfahrung gebracht hätte". Ähnliche, aber tiefergreifende Bedeutung hatte in dieser Beziehung § 686 der C.P.O. für das Deutsche Reich vom 30. Januar 1877.

§ 10.

Die Restforderung insbesondere.

Aus den bisherigen Ausführungen erhellt: Die Berufung auf das benef. comp. hatte die Wirkung, daß der privilegierte Schuldner hinsichtlich der eingeklagten Forderung ursprünglich auf den Betrag seines Vermögens verurteilt und daß ihm später noch einiges gelassen wurde, im justinianischen Recht die notwendigsten Gegenstände, im gemeinen Recht sogar der Lebensunterhalt. Die Kehrseite dieser Ver-

[1]) vgl. Altmann S. 45ff., S. 52f.
[2]) s. Altmann S. 45—50.

günstigung des Schuldners muß sein, daß der Gläubiger mit einem Teil seiner Forderung, unter Umständen sogar mit der ganzen abgewiesen wird.

Wir nennen den Ausfall, den der Gläubiger erleidet, Restforderung. Zweifellos wird die Untersuchung, welches Schicksal dieser Restforderung beschieden ist, noch einen tieferen Einblick in den prozessualen Charakter unserer Rechtswohltat eröffnen.

Überlegt man sich den Zweck des beneficiums, den Schuldner vor den Folgen der Zahlungsunfähigkeit zu schützen und ihm außerdem eine mehr oder weniger reichlich bemessene Notdurft zu belassen, so sollte man denken, der Gläubiger sei nicht gehindert, seine Restforderung geltend zu machen, sobald die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners bessere geworden sind.

Wie verhält sich de lege lata das römische und gemeine Recht zu dieser Erwägung?

I. Im Formularprozeß herrschte bekanntlich das Prinzip der Klagenkonsumption:[1] keine Klage konnte zum zweiten Male angestellt werden, sie war dadurch, daß der Anspruch schon einmal in litem deduziert war, verbraucht, konsumiert, auch wenn über das streitige Rechtsverhältnis überhaupt noch nicht, oder noch nicht endgültig entschieden war. Dieses Prinzip brachte es mit sich, daß eine Restforderung nicht stattfand und der Schuldner von der Restforderung befreit wurde. Es fragt sich nun, ob dieser Erfolg beabsichtigt war. Diese Frage bejaht Holtius,[2] indem er als einen der aus unserer Rechtswohltat fließenden Vorteile die Befreiung des Schuldners von der Restforderung ansieht.

[1] vgl. Gaius IV § 123.

[2] vgl. S. 88f.

Francke dagegen hat in lichtvoller Darstellung nachgewiesen,[1]) daß jenes Resultat, das eine höchst unbillige Härte gegen den Gläubiger bedeutet, als eine unbeabsichtigte Folge prozessualer Grundsätze anzusehen ist. Wie anderwärts durch in integrum restitutiones und utiles actiones, so halfen sich in unserem Fall die Römer durch cautiones, um die unerwünschte und unbillige Konsequenz ihrer — in gewissem Umfang durchaus rationellen und logischen — Klagenkonsumption zu mildern. Allerdings finden wir nur in zwei Fällen der Rechtswohltat, bei der actio pro socio und de dote eine cautio ausdrücklich erwähnt (vgl. l. 47 § 2 D. 15, 1; l. 63 § 4 D. 17, 2; l. un. § 7 C. 5, 13), aber man darf ihre Zulässigkeit auf diese Fälle, die durchaus nichts Besonderes haben, nicht beschränken.[2]) Es konnte also vom Schuldner in allen Fällen, wo er sich auf das beneficium berief, die Abgabe eines formlosen Versprechens (nuda promissio) verlangt werden, daß er den Rest (quod minus persolvit) nachzahlen werde, sobald er zu besseren Vermögensverhältnissen gekommen sei (si ad meliorem fortunam pervenerit).

Die Auffassung ist also die: Der Schuldner „universum debet", auch wenn er durch Berufung auf sein Privileg teilweise Abweisung der Klage herbeigeführt hat; das materielle Recht des Gläubigers wird indirekt geschützt; der prozessuale Verlust desselben kann nicht vermieden werden, aber er wird ersetzt: die cautio gibt an Stelle der alten konsumierten Klage eine neue.

---

[1]) S. 402, 414.

[2]) Das tut Holtius S. 88f.; dagegen insbes. Schröter S. 79; Francke S. 398f.; Altmann S. 24; Wünsch S. 33. Wahrscheinlich findet sich die cautio deswegen nur einigemal im corpus juris, weil sie von den Kompilatoren als für die damalige Zeit bedeutungslos gestrichen wurde.

Mit der formula wich auch das Prinzip der Klagkonsumption, um dem „höheren Gedanken der Rechtskraft des Erkenntnisses“ [1]) Platz zu machen. Mit der Klagkonsumption fiel auch die Notwendigkeit der cautio weg: Die Restforderung kann nunmehr ohne weiteres geltend gemacht werden, sobald der Schuldner in bessere Vermögenslage gekommen ist: Die Rechtskraft des Urteils steht dem nicht entgegen. Die cautio ist also bereits im justinianischen Recht entbehrlich, [2]) im gemeinen Recht ist von ihr keine Rede mehr.

II. Für das römische Recht nach Abschaffung des Formularprozesses und für das gemeine Recht ist noch die Frage zu erörtern, in welcher Form die Restforderung fortbesteht. Einige [3]) sprechen von einer Naturalobligation, bringen aber hierfür keinen anderen Beleg als l. 8, l. 9 D. 12, 6. Allein für den Umstand, daß eine Leistung nicht zurückgefordert werden kann, die man vermöge des benef. comp. hätte verweigern können, ist doch eine naturalis obligatio, von welcher auch tatsächlich nirgends in den Quellen die Rede ist, keineswegs Voraussetzung. — Man könnte ver-

---

[1]) Keller-Wach S. 364.

[2]) Wenn sie dennoch angewandt, ja als selbstverständlich betrachtet wird (cf. l. un. § 7 C. 5, 13), so kann man das als mechanische Fortsetzung einer langdauernden Übung betrachten, oder mit Altmann S. 26 als bewußtes Streben, in den Rechtsbeziehungen Klarheit zu schaffen. — Die Vermutung Kellers (Litiskontestation u. Urteil 1827 S. 571), nach l. 8 C. 5, 18 sei schon zur Zeit Diokletians die Kaution unnötig gewesen, wird sowohl von Francke S. 426 f., als auch von Altmann S. 25 bekämpft, da dieser Stelle wegen ihrer Vagheit keine Beweiskraft zukomme. Bedenkt man jedoch, daß schon zu Diokletians Zeiten der Formularprozeß stark zersetzt war (Sohm, Institutionen 5. Aufl. S. 216), so wird man dieser Vermutung nur beistimmen können.

[3]) Arndts § 225; Schwanert, Die Naturalobligation S. 438 Note 52.

sucht sein, im Anschluß an Kohler von einem „reaktionsunfähigen Anspruch“ zu reden:[1]) Dem Gläubiger steht die actio offen, aber das benef. comp. „hält die Reaktionsfähigkeit des Anspruchs nieder“, d. h. die Restforderung ist des gerichtlichen Zwangs nicht fähig. Aber wenn man beachtet, daß Kohler Seufferts Archiv Bd. 22 Nr. 114 „daß dem Forderungsrechte des Klägers bis dahin (d. h. bis zu besseren Vermögensverhältnissen) die Klagbarkeit versagt sei“ für vortrefflich hält,[2]) so bekommt man den Eindruck, daß der „reaktionsunfähige Anspruch“ nur eine geistreiche Bemäntelung der naturalis obligatio ist.[3])

Es ist Windscheid[4]) voll beizustimmen, wenn er sagt, „die Rechtswohltat affiziert nicht den rechtlichen Bestand des Forderungsrechtes“; diese Negative dürfte vollständig richtig sein, bedenklich ist es aber, wenn Windscheid in der Positive fortfährt, „es schiebe die Vollstreckbarkeit bezw. die volle Vollstreckbarkeit des Forderungsrechts einstweilen hinaus: Die Vollstreckbarkeit dessen, was wir Restforderung genannt, kann ja gar nicht in Frage kommen, da doch der Gläubiger, wie wir sahen, in diesem Umfang abgewiesen wird. Bedenklich ist es auch, mit Altmann[5]) die Ansicht Wächters[6]) gutzuheißen, daß die Restforderung erst „fällig“ werde, wenn der Schuldner in bessere Vermögensumstände gekommen, denn der Begriff der Fälligkeit ist hier überhaupt nicht am Platze; ungeschickt ist es auch zu sagen, der gericht-

---

[1]) So Wünsch S. 8.

[2]) Kohler S. 23 Note 50.

[3]) s. auch Kohler S. 14 unten: „Derartige reaktionsunfähige Ansprüche bieten uns die verschiedenen Rechte in den naturales obligationes.“

[4]) II § 268 Note 11.

[5]) s. S. 26.

[6]) Pand. 1881 II S. 335 sub 4a.

lichen Geltendmachung werde eine Bedingung hinzugefügt,[1]) denn von wem und wo sollte denn eine solche Bedingung statuiert werden, etwa vom Richter in dem ergangenen Urteil?

Die Restforderung ist eine klagbare, voll zu Recht bestehende Obligation, rechtlich nicht affiziert durch das benef. comp. Will man ihre tatsächliche Affizierung durch die Rechtswohltat näher bezeichnen, so denke man daran, daß das benef. comp. sich als exceptio charakterisiert, und gebrauche die Vorstellungsweise, die man in treffender Weise bei Exzeptionen anzuwenden pflegt[2]): die Vorstellung von einer — je nach Lage des Einzelfalls vollständigen oder teilweisen — Hemmung des Gläubigerrechts.

§ 11.

Das beneficium competentiae — eine dilatorische Einrede.

Die Hemmung der Restforderung, welche das benef. comp. bewirkt, ist — das ergibt sich ohne weiteres aus dem vorigen Paragraphen — keine dauernde. Der Gläubiger ist nur zurzeit abgewiesen worden; die vom Schuldner geltend gemachte exceptio, welche die Abweisung herbeiführte, beruht auf äußeren wandelbaren Umständen, non semper locum habet, ad tempus nocet: m. a. W. das benef. comp. ist bezw. gibt eine dilatorische Einrede.[3])

Für die Zeit des Formularprozesses kann allerdings von einer dilatorischen Einrede noch nicht gesprochen werden: das starre Prinzip der Klagkonsumption machte jede feinere Unterscheidung innerhalb der Exzeptionen unmöglich.[4])

---

[1]) Wünsch S. 8 oben.

[2]) vgl. Windscheid I § 47.

[3]) Es herrscht in dieser Auffassung so ziemlich Übereinstimmung, wie Francke S. 389 richtig konstatiert.

[4]) vgl. Gaius IV § 123.

Aber der Gedanke, welcher der dilatorischen Einrede zugrunde liegt, daß die Klage nicht für immer abgewiesen werden solle, war den Römern gerade bei unserer Rechtswohltat schon wach, und sie verwirklichten diesen Gedanken, da es bei der Struktur des Prozesses nicht anders ging, indirekt durch das Mittel der cautio.

§ 12.

D. Rechtlicher Charakter des beneficium competentiae und seine Stellung im System.

I. Aus allen bisherigen Ausführungen ergibt sich: Das benef. comp. ist ein subjektives, mittels exceptio geltend zu machendes[1]) Recht des Schuldners. Es gehört also dem materiellen Recht an, nicht etwa dem Vollstreckungsrecht, einem Teil des Prozeß- und damit öffentlichen Rechts: es ist kein Exekutionsprivileg, wie Dernburg behauptet.[2]) Gewiß — wenn man es rein auf das praktische Resultat absieht — sollen gewisse Personen in gewissen Fällen von der Strenge des Vollstreckungsrechts verschont bleiben; aber um dieses Resultat zu erreichen, werden jene Personen nicht etwa in gewissem Umfang vom Vollstreckungsrecht eximiert (das wäre doch ein Exekutionsprivileg!), sondern es wird das Civilrecht so gestaltet, daß für jene Personen die Strenge der Zwangsvollstreckung überhaupt nicht

[1]) Es gibt also keine Klage auf den Inhalt des benef. comp., das und nur das ergibt sich auch aus der umstrittenen l. 8, l. 9 D. 12, 6. Ferner kann das benef. comp. nicht als Replik gegen eine im Wege der Einrede geltend gemachte Forderung verwendet werden: Es dient nur zum Schutz gegen fremden Angriff, nicht zur Entkräftung fremder Verteidigung. s. auch Seuffert Bd. 12 Nr. 111; Sintenis, Civilrecht II § 91 zu Note 56.

[2]) Dernburg, Pand. II § 57.

in Frage kommt. Oder: der Grund, jene Personen die Strenge des Exekutionsrechts nicht fühlen zu lassen, liegt in den civilrechtlichen Beziehungen zwischen Person und Person oder zwischen Person und Rechtssache, und daher werden diese civilrechtlichen Beziehungen zweckentsprechend gestaltet. So hat denn auch Dernburg mit seiner Leugnung der materiellrechtlichen Natur des benef. comp. weder in der Doktrin, noch in der Praxis Anhänger gefunden.[1]) Die herrschende Lehre hat auch die Konsequenzen aus ihrer Auffassung gezogen, indem sie die Fälle des benef. comp. trotz §§ 715, 749 der C.P.O. vom 30. Januar 1877 als weiter in Geltung befindlich ansah und dem Gemeinschuldner trotz § 4 des Einführungsgesetzes und § 152, I der Konkursordnung vom 10. Februar 1878 im Genusse der unter altem Recht erworbenen Vorteile der Kompetenzwohltat beließ.[2])

Da, wie wir gesehen haben, das beneficium competentiae persönlichen Beziehungen oder Verhältnissen des Schuldners entspringt, so ist zu folgern, daß ein höchst

---

[1]) In ersterer Beziehung vgl. neuerdings Stammler S. 24 und Matthiaß, Bürgerl. Recht I S. 295. In letzterer Hinsicht vgl. hauptsächlich Seuffert Bd. 22, 114; 23, 204; 38, 162, 336. Wenn es aber verkehrt ist, das benef. comp. ein Exekutionsprivileg zu nennen, so ist es nicht minder verkehrt, die wirklichen Exekutionsprivilegien als benef. comp. zu bezeichnen, und zwar als „objektives" benef. comp. im Gegensatz zu „subjektiven": Das benef. comp., ein materielles Recht des Schuldners, und die Exekutionsprivilegien oder Pfändungsbeschränkungen als Teile des öffentlichen Rechts sind so grundverschiedene Dinge, daß man nicht dasselbe Wort dafür gebrauchen darf. Zudem ist ein „objektives beneficium" eine contradictio in adjecto. Es ist ein Grundfehler von Altmann, dem „objektiven benef. comp." ausgiebig Raum zu geben (vgl. S. 60—65; S. 70—73; S. 76 f.; S. 84—92).

[2]) vgl. über diese Fragen: Mandry-Geib, Civilrechtl. Inhalt ꝛc. 4. Aufl. S. 432 f.; Altmann S. 81—83; Wünsch S. 72 f.

persönliches Recht für den Schuldner gewährt: tale beneficium personale est, es können sich z. B. die Bürgen und die Erben nicht darauf berufen.

l. 63 § 1, 2 D. 17, 2; l. 12, l. 13 D. 24, 3; l. 23—25, l. 41 D. 42, 1; l. 7 pr. D. 44, 1; l. 8 C. 5, 18.

II. Wenn wir nach der größeren Abteilung im System des bürgerlichen Rechts suchen, in die das beneficium competentiae einzureihen wäre, so kann nur das Obligationenrecht in Betracht kommen. Weil es das Forderungsrecht voll bei Bestand läßt, so bildet es keinen Aufhebungsgrund der Obligation; da es vielmehr den Gläubiger nur an der Realisierung seines Rechts insolange hindert, als die Vermögensverhältnisse des Schuldners sich nicht gebessert haben, so hat es seine Stelle da, wo von der Erfüllung der Obligation, genauer, wo von der Zeit der Erfüllung gehandelt wird.[1])

§ 13.

E. Zusammenfassung.

Das beneficium competentiae ist ein höchst persönliches, als exceptio sich charakterisierendes Recht gewisser Schuldner, nicht auf den Betrag ihrer Schuld, sondern

im vorjustinianischen Recht

auf den Betrag ihres Vermögens,

im justianianischen Recht

auf den Betrag ihres Vermögens abzüglich eines Existenzminimums,

im gemeinen Recht

auf den Betrag ihres Vermögens abzüglich des zum Unterhalt erforderlichen verurteilt zu werden.

---

[1]) So insbesondere Mandry-Geib u. Arndts a. a. O.

Zweiter Teil.

Reste und Nachbildungen des beneficium competentiae im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Kapitel 1: Einleitung.

§ 14.

Das beneficium competentiae in den Partikularrechten.

Bevor wir an das Bürgerliche Gesetzbuch selbst herantreten, ist zweckmäßigerweise zu betrachten, ob und in welcher Weise das beneficium competentiae in den Partikularrechten Berücksichtigung gefunden hat: denn da diese fast durchgängig das Privatrecht so wiedergeben, wie es sich im Kampfe gemeinrechtlicher und deutschrechtlicher Ideen in Theorie und Praxis herausgebildet und bewährt hatte, so läßt sich zweifellos aus dem Schweigen der Partikularrechte hinsichtlich des beneficium competentiae oder aus dessen beschränkter Aufnahme — ex post — ein gewichtiges Argument gegen die Verwendbarkeit im Bürgerlichen Gesetzbuche herleiten.

I. Im württembergischen Landrecht von 1610 wurde nur der Fall des Schenkers erwähnt;[1]) es wurden jedoch in

[1]) Buch II 18 § 15.

Württemberg vermöge der subsidiären Geltung des gemeinen Rechts sämtliche Fälle der Rechtswohltat als geltend angesehen.[1])

II. Der codex Maximilianus Bavaricus von 1756, der code civil und das sächsische bürgerliche Gesetzbuch erwähnen das benef. comp. nicht: Es ist demnach, zumal sich auch in den bezüglichen Prozeßgesetzen nichts Entsprechendes findet, das benef. comp. für die Gebiete jener Kodifikationen als beseitigt anzusehen.

III. Ganz verkümmert findet sich das benef. comp. in der österreichischen und preußischen Gesetzgebung, nicht etwa im österr. allg. Gesetzbuch und im allg. Landrecht, sondern eigentümlicherweise — man darf darin ein Hinneigen zum Exekutionsprivileg sehen — in den Prozeßgesetzen:

1. Die österr. allg. Gerichts- und Konkursordnung von 1781 gewährte in §§ 362—370 ein benef. comp. demjenigen, der zur Güterabtrennung zugelassen ist, jedoch nicht gegen alle Gläubiger, sondern nur gegen solche aus Liberalitätsakten, gegen seine Ehefrau und seine nächsten Verwandten. Das benef. comp. fällt jedoch weg, wenn die genannten Personen durch Gewährung der Kompetenz selbst in Not geraten würden, und wenn der Schuldner sich seinen Unterhalt durch standesgemäße Arbeit selbst zu verdienen imstande ist. (Das geltende österreichische Prozeßrecht, C.P.O. vom 1. August 1895, enthält ähnliche Bestimmungen nicht.)

2. Nach dem Vorgang des corpus juris Fridericiani behandelte die allgemeine Gerichtsordnung das benef. comp. in Teil I Titel 49, indem es ihm den gemeinrechtlichen Inhalt gab. Die Fälle sind die römischen und die hinzugefügten des gemeinen Rechts, soweit sie nach dem damaligen Recht noch praktisch verwertbar waren.

---

[1]) s. Boschers Zeitschrift 1870 S. 42 und die dort Zitierten.

Die Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §§ 435—438 engte das benef. comp. wesentlich ein: Es kann nur in Anspruch genommen werden gegen solche Personen, denen eine gesetzliche Alimentationspflicht dem Schuldner gegenüber obliegt, ferner fällt die Verpflichtung in denselben Fällen wie sub 1 weg. Bedeutsam ist auch, daß man die Verpflichtung zur Gewährung der Kompetenz in derselben Reihenfolge eintreten ließ wie die gesetzliche Unterhaltspflicht.[1])

§ 15.

Grund für die ablehnende Haltung der Partikularrechte. Stellung des Entwurfs I zum B.G.B.

A. Wie kommt es, daß ein Rechtsinstitut, wie unser beneficium, das im römischen Recht wohlangebrachten Billigkeitserwägungen seinen Ursprung verdankte, das sich im gemeinen Recht großer Beliebtheit erfreute, in den neueren Rechten so stiefmütterlich behandelt wurde?

I. Ein Grund allgemeinerer Art dürfte sein die Abneigung der modernen Privatrechte gegen alle Ausnahmebestimmungen und Sonderrechte, wie sie wohl bezeichnet wird mit dem Schlagwort: Gleiches Recht für alle. Gerade die Rechtswohltat der Kompetenz konnte um so eher entbehrt werden, als das öffentliche Recht behufs Wahrung öffentlicher Interessen in zunehmender Ausgiebigkeit durch Pfändungsbeschränkungen, sogen. Exekutionsprivilege[2]) dafür sorgte, daß jedem Schuldner

[1]) § 434 der K.O. vom 8. 5. 1855, den Altmann S. 74 unten als zweite Art der Kompetenz (benef. comp. ex jure tertii) anführt, ist zweifellos Exekutionsprivileg. s. Förster-Eccius, Theorie und Praxis des preuß. Privatrechts 5. Aufl. 1887 Bd. 1 S. 768 oben.

[2]) Das historische Vorbild und zugleich den Anknüpfungspunkt haben dieselben in den Bestimmungen des römischen Rechts über die pignoris capio und den Umfang der Generalhypothek; s. darüber Altmann S. 60 ff.

die „Kompetenz“ [1]) verblieb, und so unmittelbar den Effekt herbeiführte, der durch das benef. comp. auf dem Umwege des Privatrechts [2]) für einige Schuldner bewirkt wurde.

II. Entscheidend für die ablehnende Haltung der Partikularrechte dürfte jedoch ein tiefer liegender Grund sein:

Wenn jemand außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, so steht dem Bedürftigen, wie schon im römischen Recht,[3]) in allen modernen Rechten ein Anspuch auf Unterhalt zu gegen seine nächsten Verwandten und event. gegen seinen Ehegatten. Das benef. comp. mit seinem gemeinrechtlichen Inhalt, der hier allein in Betracht kommen kann,[4]) gibt ein Recht, soviel zurückzubehalten, als zur Bestreitung des Unterhalts nötig ist, also ebenfalls ein Recht auf Unterhalt. Dabei fallen jedoch Verschiedenheiten auf:

1. Der Kreis der Personen, die kraft gesetzlicher Vorschrift und vermöge des benef. comp. zur Reichung des Unterhalts verpflichtet sind, deckt sich nicht.

2. Das gesetzliche Unterhaltsrecht wird regelmäßig geltend gemacht durch Klage, das Recht aus dem benef. comp. kann nur durch exceptio gewahrt werden, setzt also in concreto voraus, daß der zum Unterhalt Verpflichtete eine Forderung gegen den Berechtigten hat und diese Forderung geltend macht.

---

[1]) Kompetenz = Umkreis derjenigen Gegenstände (Sachen und Forderungen), die dazu bestimmt sind, unmittelbare Bedürfnisse des Lebens zu befriedigen oder die zur Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners unentbehrlich sind. s. schon oben S. 6.

[2]) s. oben S. 32 f.

[3]) vgl. Windscheid II § 475.

[4]) Denn was den Inhalt des benef. comp. im justinianischen Recht (oben S. 13) betrifft, so ist ganz richtig, wie Wendt § 179 sagt, daß was die Pandekten als eine besondere Vergünstigung in einzelnen Fällen gestatteten, (durch die modernen Pfändungsbeschränkungen) allgemeine Regel geworden ist.

3. Das gesetzliche Unterhaltsrecht hat neben der Bedürftigkeit des Unterhalt Fordernden hinreichendes Vermögen auf seiten des in Anspruch Genommenen zur Voraussetzung (vgl. schon l. 5 § 7, § 13, § 19, § 25 D. 25, 3; l. 2, l. 4 C. 5, 25: pro modo facultatum alimenta praebere). Da diese Voraussetzung beim benef. comp. fehlt, so wird sich nicht selten das höchst unbillige Resultat ergeben, daß der Gläubiger auf Grund der ihm entgegengesetzten exceptio beneficii competentiae dem Schuldner den Unterhalt belassen muß, während er selbst durch den erlittenen Ausfall in Mangel gerät.

Es müßte befremden, wenn schon die Römer, denen man Logik in der Bildung und Ausgestaltung des Rechts nachrühmt, eine so wenig harmonische, ja widerspruchsvolle Regelung des Unterhaltsrechts hätten Platz greifen lassen.

Wir haben oben gesehen, daß die herrschende Lehre hinsichtlich des Inhalts der justinianischen condemnatio in qu. d. f. p. in großem Irrtum ist: diese hatte neben dem Unterhaltsrecht eine besondere, völlig selbständige Bedeutung. Das beneficium, welches die condemnatio in qu. d. f. p. gewährte, bestand ja darin, den Schuldner vor den entehrenden Folgen, welche die Insolvenz in der Vollstreckungsinstanz nach sich zog, zu schützen und ihm nebenbei sufficiens aliquid, aber entfernt nicht den Unterhalt zu belassen.

Indem das gemeine Recht aus der nichtverstandenen römischen condemnatio in qu. d. f. p. ein beneficium „competentiae", ein Recht auf Unterhalt machte, hat es die gekennzeichnete z. T. direkt sinnwidrige Ergänzung des Unterhaltsrechts allein auf dem Gewissen.

III. Die gesunde Reaktion gegen das gemeinrechtliche benef. comp. blieb denn auch nicht aus: Die Partikularrechte hielten es neben den Pfändungsbeschränkungen des öffentlichen Rechts nnd neben dem gesetzlichen Unterhaltsrecht

für überflüssig und nahmen es demgemäß in die Kodifikation gar nicht auf, so Bayern, code civil, Sachsen; oder man behielt das benef. comp. zwar bei, beseitigte aber die innere Diskrepanz mit dem gesetzlichen Unterhaltsrecht, indem man den Kreis der Personen, denen gegenüber die Rechtswohltat stattfand, einengte auf die kraft Gesetzes zum Unterhalt verpflichteten[1]) und die Verpflichtung zur Bewilligung der Kompetenz „wegfallen" ließ, wenn auch eine gesetzliche Unterhaltspflicht nicht begründet wäre, so Preußen und Österreich: eine Rechtswohltat in der letzteren Form ist aber sicher entbehrlich, sie läßt sich durch das compensando geltend zu machende Unterhaltsrecht vollständig ersetzen.[2])

B. Nach dem Ausgeführten kann es nicht wundernehmen, wenn der Entwurf I zum Bürgerlichen Gesetzbuch dem benef. comp. durchaus ablehnend gegenüberstand.

Die Motive sprechen sich des näheren aus:

> „Von einer Wiederherstellung der durch § 14, 4 E.G. zur C.P.O. beseitigten Befugnis des Richters zur Erteilung von Zahlungsfristen, ... konnte so wenig die Rede sein, als von einer Anerkennung des beneficium competentiae." [3]) „Schon bei Beratung der Civilprozeßordnung ist anerkannt worden, daß es (das benef. comp.) eine bedenkliche Rechtsinstitution ist, welche in der Praxis zu großen Weitläufigkeiten und Verwicklungen führt, mit den allgemeinen Grundsätzen sich wenig verträgt, auch bei der Milde der

---

[1]) Eine alleinige Ausnahme machte Österreich hinsichtlich des Beschenkten.

[2]) Dieses ist natürlich mit dem benef. comp. auf keinen Fall rechtlich, aber auch nicht immer tatsächlich (s. Förster-Eccius coll. S. 766 unten) identisch.

[3]) Motive Bd. 2 S. 33.

Vorschriften über die Zwangsvollstreckung ihre Berechtigung verloren hat." [1])

Ob das Bürgerliche Gesetzbuch als lex lata ebenso denkt, wird sich unten zeigen. Zu erwähnen ist noch, daß in der Reichstagskommission ein Antrag dahin abzielte, das benef. comp. in ähnlicher Gestalt wie in der preußischen Konkursordnung aufzunehmen.[2]) Da jedoch der Antragsteller unterlassen hatte, die Rechtswohltat dann auszuschließen, wenn ihre Gewährung dem Gläubiger selbst den standesgemäßen Unterhalt entziehen würde, so wurde ihm mit Recht entgegengehalten, der Antrag werde das Ergebnis haben, daß der Schuldner dem Gläubiger vorgehe. Überhaupt, so wurde betont, dürfe eine Verbindung zwischen der Unterhaltspflicht und der Erfüllung von Verbindlichkeiten,[3]) soweit nicht Aufrechnung statthaft sei, nicht konstruiert werden.

§ 16.

Sind die römischen und gemeinrechtlichen Fälle des benef. comp. im Bürgerlichen Gesetzbuch verwertbar?

Trotzdem nach den Erörterungen des vorigen Paragraphen die Aussichten für das benef. comp. im Bürgerlichen Gesetzbuch minimale sind, sollen doch, hauptsächlich um eine sichere Basis für die „Reste" des benef. comp. zu gewinnen, die römischen und gemeinrechtlichen Fälle auf ihre Verwertbarkeit einzeln untersucht werden, und zwar der Kürze halber im Anschluß an § 8 der Darstellung.

A. Römische Fälle.

I. 1. und 3. Ein benef. comp. für Aszendenten und Ehegatten ist neben der gesetzlichen Unterhaltspflicht entbehrlich.

[1]) Motive II S. 298.

[2]) Komm.-Ber. S. 131 f.

[3]) l. cit. heißt es irrtümlich: . . . zwischen dem benef. comp. und der Erfüllung von Verbindlichkeiten. . . .

2. Das Verhältnis des Patrons zum Freigelassenen ist unserem heutigen Rechte fremd.

4. Eine dos gibt es in unserem heutigen ehelichen Güterrecht nicht. Freilich kann auch heute noch durch Ehevertrag Gütermassen eine Dotalfunktion zugewiesen werden; jedenfalls aber erübrigt sich die Aufstellung eines benef. comp.

Über die Pflicht des Vaters, der Tochter eine Aussteuer zu gewähren, die gewisse Analogien mit der dos aufweist, siehe B.G.B. § 1620.

II. 1. Betreffs der actio de dote gilt das über die dos Gesagte.

2. Das Gesellschaftsverhältnis erscheint uns heute nicht mehr so innig, daß ein benef. comp. angezeigt wäre.

3. Auch nach heutiger Auffassung hebt sich die Schenkung von den übrigen Rechtsgeschäften ab, so daß eine privilegierte Behandlung des Schenkers auch heute noch befürwortet werden kann.

4. Die Frage, wer die Kosten der Beerdigung zu tragen habe, ist im B.G.B. generell geregelt: §§ 1968, 1615 II, 1713 II.

III. 1. Der dem benef. comp. der Soldaten zugrunde liegende Gedanke ist berechtigt, und er ist daher in wirksamerer Weise im öffentlichen Recht durch ein Exekutivprivileg verwirklicht (vgl. C.P.O. § 850 Ziff. 5, 6 und 8).

2. Das beneficium des Schuldners, der bonis cediert hatte, ist durch § 152 I der K.O. v. 10. 2. 1877 materiell und durch § 4 des Einf.Ges. auch formell aufgehoben worden.

3. Das beneficium des aus der patria potestas Entlassenen kann nach dem System des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht mehr zutreffen (vgl. darüber Motive Band 4 S. 732).

IV. Der Begründung eines benef. comp. durch Vertrag steht auch heute nichts im Wege.

B. Gemeinrechtliche Fälle.

Betreffs des benef. comp. ex jure tertii und des beneficiums der Beamten und Geistlichen gilt das oben beim Soldaten Gesagte (vgl. C.P.O. § 850 Ziff. 2—4, 7, 8).

Ein benef. comp. der Geschwister konnte für das Bürgerliche Gesetzbuch, das eine Unterhaltspflicht derselben abgelehnt hat, nicht in Frage kommen.

Resultat.

Von all den römischen und gemeinrechtlichen Fällen können nur zwei als Reste für das Bürgerliche Gesetzbuch in Betracht kommen: möglich, daß wir „Nachbildungen", neue Fälle der Rechtswohltat finden, zuversichtlich hoffen darf man es aber nach dem oben (in § 15) Ausgeführten nicht.

Kapitel 2: Reste und Nachbildungen des benef. comp. im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 17.

Vorbemerkung.

Wenn wir die reiche Literatur überblicken, welche das Bürgerliche Gesetzbuch bereits gezeitigt hat, so finden wir wiederholt eine Anzahl von Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in eine — bald mehr, bald weniger deutlich — erkennbare Beziehung zum beneficium competentiae gebracht.

Kipp beginnt nach den Ausführungen Windscheids über die Rechtswohltat des Notbedarfs seine „Vergleichende Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts" mit der Bemerkung, daß „das Bürgerliche Gesetzbuch in einer kleineren Anzahl von Fällen, als im gemeinen Recht, eine dem gemeinrechtlichen benef. comp. ähnliche, aber weitergehende Be-

schränkung von Ansprüchen gebe“ [1]) und bespricht hierauf als solche Fälle §§ 519, 529, 829, 1603, 1608, 1579, 1620.

Matthiaß lehrt [2]): Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Rechtswohltat in einigen Fällen anerkannt: §§ 519, 529, 829, 1579, 1603—1605, 1608, 1620.

Fischer-Henle spricht wiederholt von einer „Einrede des Notbedarfs“.[3])

Gaupp-Stein spricht einmal von einer „Rechtswohltat des Notbedarfs“, ein andermal von einer „Einrede des Notbedarfs“ unter Anführung der §§ 519, 529 II, 829, 1579, 1603 ff., 1608, 1620, 1708 II.[4])

Eine nähere Begründung, warum die zitierten Paragraphen mit dem beneficium competentiae in Beziehung gebracht werden, gibt nur Kipp („dem beneficium competentiae ähnliche, aber weitergehende Anspruchsbeschränkungen mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Schuldners“),[5]) allein er findet selbst in der Mehrzahl der Paragraphen, in allen außer 519 und 529, Besonderheiten deswegen, „weil sie nicht als Einrede gefaßt sind“.

So ist es also noch eine offene Frage, ob alle jene Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Tat dem beneficium competentiae analoge Rechtsbildungen enthalten, und worin des näheren das entscheidende Merkmal liegt: die folgenden Ausführungen suchen hierüber Klarheit zu schaffen.

---

[1]) Windscheid-Kipp II S. 99 f.

[2]) Lehrbuch des bürgerl. Rechts 1899 Bd. 1 S. 295 f.

[3]) vgl. Anm. 3 zu § 1603, wo §§ 519, 1579, 1608, 1620 allegiert werden; s. auch Anm. 4 zu § 1579, Anm. 2 zu § 1608, Anm. 4 zu § 1620, Anm. 8 zu § 1708.

[4]) Kommentar zur C.P.O. 6. u. 7. Aufl. II S. 334 oben, S. 459 oben.

[5]) Bd. 2 S. 99 unten vgl. mit S. 102 sub Ziff. 2.

§ 18.

Das Kriterium.

Wenn wir nun an das Bürgerliche Gesetzbuch herantreten und untersuchen, ob sich in demselben Reste und Nachbildungen des beneficium competentiae finden, so haben wir uns folgende Gesichtspunkte zur Richtschnur zu nehmen:

I. Ob eine wirtschaftliche und soziale Idee verwirklicht ist, daß gewissen Schuldnern mit Rücksicht auf ihre Lebensbedürfnisse ein über die allgemeinen Pfändungsbeschränkungen hinausgehender Schutz gewährt werden soll.

II. Ob diese Idee in der Form verwirklicht ist, daß der Schuldner ein ihm zustehendes subjektives Recht als „Einrede" dem Anspruch entgegensetzen und so die Durchführung bezw. die volle Durchführung des Gläubigerrechts hindern kann.

Wir haben nämlich gesehen,[1]) daß das beneficium competentiae sich im römischen und gemeinen Recht als exceptio charakterisiert: das wurde so sehr als Merkmal angesehen, daß man da keinen Fall des beneficium competentiae fand, wo man in quantum facere potest zu den Voraussetzungen des eingeklagten Rechts zählen zu müssen glaubte.[2])

Der Gegensatz von exceptio und sog. ipso jure defensio, obgleich spezifisch römischen Einrichtungen entsprungen, wurde auch im gemeinen Recht als innerlich berechtigter beibehalten [3]) und fand auch im Bürgerlichen Gesetzbuch als „Einrede" und „Einwendung" Aufnahme.[4])

III. An dem Erfordernis der Einrede muß festgehalten werden, denn nur so ist eine sichere Grundlage

---

[1]) s. oben § 9.

[2]) s. oben S. 19 Note 4.

[3]) vgl. insbes. Windscheid § 47, Wendt § 96.

[4]) vgl. Crome I S. 554 Note 4; Endemann I S. 511 Note 15; Planck I S. 53.

für die „Reste und Nachbildungen" möglich. Man kann doch zweifellos nicht überall da, wo dem Schuldner Erleichterungen gegeben sind und seine Leistungsfähigkeit für den Umfang der Verpflichtung maßgebend ist, von einem beneficium competentiae reden. So wenig den Römern und dem gemeinen Recht die juristische Erscheinungsform des wirtschaftlichen Gedankens gleichgültig war, so wenig z. B. bei der Unterhaltspflicht, wo auch die Leistungsfähigkeit des Schuldners eine Rolle spielt, an ein beneficium competentiae gedacht wurde, so wenig dürfen wir von Resten und Nachbildungen sprechen, wenn nicht vom Gesetzgeber die spezifische juristische Technik des beneficium competentiae angewandt ist: wir verlieren uns sonst ins Bodenlose und kommen schließlich wieder dazu, wie das im gemeinen Recht eine Zeitlang der Fall war, überall, wo eine Vergünstigung des Schuldners stattfindet, z. B. auch bei den Pfändungsbeschränkungen des öffentlichen Rechts, ein beneficium competentiae zu wittern.[1]) Wenn man einmal das beneficium competentiae als Rubrik in das Privatrecht aufnimmt, so darf man nicht ein mixtum compositum in dieselbe einstellen: wir rubrizieren im Recht nicht nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten, sondern nach juristischen Merkmalen.

A. Reste des beneficium competentiae.

§ 19.

Die Fälle.

I. Das beneficium competentiae des Schenkers.

Es wurde schon mehrfach darauf hingewiesen, daß das römische Recht mit ganz besonderer Sorgfalt des Schenkers

[1]) s. oben § 12 Note 1 auf S. 33; ähnliche Gedanken bei Klingemann S. 57 f.

und seiner Bedürfnisse gedenkt.[1]) Auch heute noch ist Anlaß vorhanden, den Schenker zu privilegieren, denn die Schenkung hebt sich, wie Dernburg[2]) treffend sagt, wirtschaftlich und rechtlich ab von den Verkehrsgeschäften und dem diese beherrschenden Grundsätze: do ut des, facio ut facias. Zudem wird das Schenkungsversprechen häufig unüberlegt, unter moralischem Druck oder infolge suggestiver Einflüsterungen abgegeben. Es wäre unbillig, dem Schenker, der sieht, daß er durch Erfüllung des Schenkungsversprechens der Gefahr des wirtschaftlichen Ruins ausgesetzt wird, zuzurufen: Tu l'as voulu! Soll bei sonstigen Obligationen unbedingt der Gläubiger vorgehen,[3]) so ist hier wirklich Anlaß vorhanden, in gewissem Umfang den Schuldner vorgehen zu lassen: Ist der Beschenkte egoistisch genug, seine Forderung ohne Rücksicht auf die Bedürfnisse des Schenkers beizutreiben, so muß das Recht dem Schenker zu Hilfe kommen: Gab man derartigen Gedanken Raum, was lag näher, als daß man sich des gemeinrechtlichen beneficium competentiae für den Schenker erinnerte und dieses in verjüngter Gestalt wieder erstehen ließ![4])

---

[1]) s. oben S. 19.

[2]) Bürgerl. Recht II, 2 S. 116 f.

[3]) s. S. 39 oben u. S. 41 nach Note 2.

[4]) Entw. I kannte noch kein beneficium competentiae für den Schenker. Die 2. Kommission war ihm günstiger gesinnt (s. Protok. S. 1648 f.) u. von ihr wurde § 442a dem Entw. I eingefügt (= § 466 des Entw. II.. Bei der Beratung des § 1484 Entw. I wurde angeregt, „Beeinträchtigung des standesgemäßen Unterhalts" durch „Gefährdung usw." zu ersetzen. s. Prot. S. 5826. Von der Reichstagskommission wurde der damalige § 514 so gefaßt, wie er heute als § 519 B.G.B. lautet; der Gefährdung des eigenen standesgemäßen Unterhalts wurde aus Billigkeitsgründen die Gefährdung der gesetzlichen Unterhaltspflichten gleichgestellt. s. Komm.-Ber. S. 70.

II. Das beneficium competentiae durch Vertrag.

Die Frage, ob durch Vertrag ein benef. comp. begründet werden kann, ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht direkt beantwortet; es fehlt jedoch im Hinblick auf die grundsätzlich anerkannte Vertragsfreiheit an einem Grunde, solche Vereinbarung für unzulässig zu erklären. Wer je Bedenken tragen sollte, ließe sich sicher durch einen Passus in den Motiven überzeugen:

> „Nicht zu verwechseln mit letzterem (dem im Entwurf nicht anerkannten benef. comp.) ist jedoch der nicht seltene Vertrag, durch welchen die Verbindlichkeit des Schuldners in id quod facere potest beschränkt wird. Die Auslegung solcher Verträge ist der Praxis zu überlassen und erheischt keine gesetzliche Regelung."[1])

Nun die Praxis wird diesen Vertrag ähnlich l. 49 D. de pact. 2, 14 als vertragsmäßiges benef. comp. auslegen!

Die Zulässigkeit eines benef. comp. durch Vertrag ergibt sich aber auch aus anderem Gesichtspunkte: Verträge, welche die Haftung des Schuldners auf einen Teil seines Vermögens, auf einzelne zu seinem Vermögen gehörende Sachen, oder auf eine bestimmte Summe beschränken, werden, trotzdem sich das Gesetz ebenfalls nicht direkt ausspricht,[2]) allgemein als zulässig erachtet.[3]) Durch solche Verträge soll ebenso, wie durch das benef. comp., die prinzipiell das ganze Vermögen des Schuldners erfassende Haftung beschränkt werden: es entstehen keine inhaltlich beschränkten Schuldverhältnisse,[4]) wohl aber

[1]) Motive II S. 34.

[2]) s. Motive II S. 2 unten.

[3]) Stammler S. 23 unten; Dernburg, Bürgerl. R. II, 1 S. 14f.; Matthiaß, Lehrbuch I § 72; Planck, Vorbem. z. 2. Bd. sub IV; Oertmann, Vorbem. Nr. 6.

[4]) So Planck, Vorbem. zu Bd. 2 sub IV und die Mot. II S. 34 oben.

„Schuldverhältnisse mit beschränkter Haftung".[1]) Durch die Möglichkeit, das vertragsmäßige benef. comp. mit jenen allgemein zugelassenen Verträgen in eine Kategorie zu bringen, ist m. E. auf dem Wege der Analogie die Zulässigkeit desselben gegeben.

§ 20.

Der Inhalt.

I. Inhalt des benef. comp. des Schenkers.

Nach B.G.B. § 519 steht dem Schenker das Recht zu, die Erfüllung eines Schenkungsversprechens (im Sinne von § 518 I) zu verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts oder der Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten sein Versprechen zu erfüllen.

1. Es ist also eine schwierige Rechenaufgabe zu lösen:

a) Festzustellen sind in erster Linie die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des Schuldners und die demnach verfügbaren Mittel.

b) Zu „berücksichtigen" sind die sonstigen Verpflichtungen des Schenkers. Darin liegt nicht, daß wie im römischen und gemeinen Recht alle Schulden vom Bruttovermögen abgezogen werden: Nicht in Ansatz zu bringen sind nicht klagbare Schulden und solche, denen eine Einrede entgegengesetzt werden kann.[2])

---

[1]) Gegen diese Kategorie Crome I S. 186 Note 12.

[2]) Unrichtig Planck 519 Nr. 1; Stammler S. 25; Crome II S. 514 Text zu Note 17; Windscheid-Kipp II nach § 268 sub 1c. Man vgl. die Kommentare zu § 1603 über die gleichlautende Bestimmung.

c) Wenn von „Gefährdung" des standesgemäßen Unterhalts und der Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflichten[1]) die Rede ist, so dürfen und sollen bei Feststellung der Summe, wie weit das Verweigerungsrecht des Schenkers geht, auch solche Umstände berücksichtigt werden, die in naher oder nicht allzu ferner Zukunft sicher oder aller Wahrscheinlichkeit nach eintreffen werden, man denke z. B. an voraussichtliche Erhöhung des Lebensbedarfs durch Krankheit, bevorstehende Verheiratung des Schenkers oder bevorstehende Geburt eines Deszendenten.

α) Inhalt und Maß des standesgemäßen Unterhalts normiert § 1610: Maßgebend ist einerseits der tatsächliche Lebensbedarf, andererseits die soziale Stellung des Schenkers.

β) Die gesetzlichen Unterhaltspflichten ergeben sich aus dem 4. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs.[2])

2. Besonderes gilt, wenn die Ansprüche mehrerer Beschenkten zusammentreffen. Nach § 519 II geht der früher entstandene[3]) Anspruch vor. Darin liegt einmal, daß der Schenker nur die früher entstandenen,[4]) nicht aber auch die später entstandenen Schenkungsansprüche mit den „sonstigen Verpflichtungen" von seinem Vermögen in Abzug bringen darf.

---

[1]) Vertragsmäßige Unterhaltspflichten kommen als „sonstige Verpflichtungen" in Betracht; unter diesen laufen natürlich auch schon in concreto bestehende gesetzliche Unterhaltspflichten; abweichend Windscheid-Kipp nach § 268 sub 1c.

[2]) vgl. die vollständige Aufzählung bei Fischer-Henle in Anm. 5 zu § 519.

[3]) „Entstanden" ist der Anspruch mit der Annahme des Schenkungsversprechens (§ 516). Daß der früher entstandene Anspruch bedingt oder betagt ist, schadet nichts. Dernburg, Bürgerl. Recht II, 2 S. 129 oben; Oertmann 519 sub 6a.

[4]) Aber auch diese kommen unter Umständen wegen der Einrede aus § 519 I nicht voll zum Ansatz; s. oben S. 49 Text zu Anm. 2.

Ferner aber wird aus § 519 II gefolgert, daß der Schenker, der das später entstandene Schenkungsversprechen erfüllt hat, ohne von seinem Recht zur Verweigerung Gebrauch zu machen, dieses Verweigerungsrecht gegen die älteren Schenkungsgläubiger insoweit verliere, als er es gegen den jüngeren Schenkungsgläubiger nicht geltend gemacht habe, m. a. W. der ältere Schenkungsgläubiger dürfe dasjenige, was mit Rücksicht auf seinen Anspruch dem jüngeren Schenkungsgläubiger gegenüber hätte abgezogen werden können, als noch im Vermögen des Schenkers vorhanden betrachten.[1])

Wie aber Windscheid-Kipp[2]) und Planck[3]) richtig bemerken, kann diese zweite Konsequenz aus § 519 II nicht gezogen werden, und zwar deswegen nicht, weil eine Verpflichtung des Schenkers, dem jüngeren Beschenkten die Einrede des § 519 I entgegenzusetzen, nicht konstruiert werden kann.

Das praktische Resultat, zu dem Schollmeyer und Oertmann gelangen, rechtfertigt sich dagegen regelmäßig aus § 521:[4]) Nur in den wenigsten Fällen wird der Schenker von seinem Verweigerungsrecht dem jüngeren Schenkungsgläubiger gegenüber in leichter Fahrlässigkeit[5]) nicht Gebrauch machen: Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit hat er dem älteren Schenkungsgläubiger gegenüber zu vertreten.

3. Das Gesetz regelt den — wohl seltenen — Fall nicht, daß mehrere Schenkungsansprüche gleichzeitig

---

[1]) Schollmeyer S. 30; Oertmann 519 sub 6a.

[2]) II. Nach § 268 sub 1d.

[3]) Zu 519 Ziff. 2.

[4]) § 823, der von Windscheid-Kipp cit. sub 1e mit in Betracht gezogen wird, muß von vornherein entfallen, denn unter den „sonstigen Rechten" rangieren, herrschender Meinung nach, die Forderungsrechte nicht.

[5]) Etwa indem er seine komplizierten Vermögensverhältnisse nicht genügend übersieht und an eine Beeinträchtigung des älteren Schenkungsgläubigers gar nicht denkt.

entstanden sind. Man stimmt allgemein der Ansicht von Schollmeyer zu, der Schenker solle die Wahl haben, welchem bezw. welchen Beschenkten gegenüber er die Erfüllung gemäß § 519 I verweigern will.[1])

II. Inhalt des durch Vertrag begründeten beneficium competentiae.

Wie ist das Schuldverhältnis mit beschränkter Haftung, welches durch Vereinbarung des beneficium competentiae entsteht, des näheren zu denken?

1. Die Absicht geht dahin, ein zwischen den Vertragschließenden bestehendes Schuldverhältnis in der Weise zu affizieren, daß die Haftung des Schuldners beschränkt wird.

Sehen wir zu, welche Rechtsform das Bürgerliche Gesetzbuch anwendet, wo es selbst eine beschränkte Haftung aufstellt. Die Formel lautet — allgemein gefaßt —: Der Schuldner kann die Befriedigung des Gläubigers insoweit verweigern, als das Haftungsmaß überschritten würde.[2])

Diese Rechtsform für die Durchführung der Haftungsbeschränkung wird im Wege der Analogie auf die oben[3]) genannten dem beneficium competentiae ähnlichen Verträge übertragen[4]) und ist auch auf das vertragsmäßige beneficium competentiae anzuwenden.

2. Es ist nun noch zu bestimmen, inwieweit der Schuldner auf Grund des vereinbarten beneficium com-

---

[1]) Schollmeyer S. 30; Staudinger § 519 sub II, 2; Planck S. 519 Nr. 2; Oertmann S. 519 sub 6 b. Anderer Ansicht allein Dernburg a. a. O. S. 129, 5 b.

[2]) vgl. § 1990, auf den in 419 II, 1480, 1504, 1992, 2187 III verwiesen wird, und § 1973, auf den 1974 und 1989 verweisen.

[3]) s. oben S. 48 f.

[4]) vgl. Planck, Vorbem. IV zu Bd. 2: „. . . daß er die Erfüllung verweigern kann". Crome I S. 186 oben.

petentiae die Befriedigung des Gläubigers verweigern darf (Haftungsmaß).

Es liegt in der Natur der Sache, daß sich über diesen praktisch wichtigen Punkt nichts allgemein Gültiges sagen läßt. Gerade hierüber werden die Parteien nähere Bestimmung treffen, und es ist durch Interpretation des Parteiwillens in jedem einzelnen Fall zu erforschen, ob dem Schuldner der (notdürftige) Unterhalt oder der standesgemäße Unterhalt gelassen werden soll, und ob auch die sonstigen Verpflichtungen Berücksichtigung finden sollen; auf Gefährdung des standesgemäßen Unterhalts und der gesetzlichen Unterhaltspflichten wird wohl nie abgestellt werden: Der Gläubiger würde sich dabei zuviel vergeben. — Da aber die Parteien sich regelmäßig in allgemeinen Ausdrücken bewegen werden: „Du, Schuldner, sollst nicht in Not kommen" „es soll dir die Notdurft des Lebens verbleiben", so wird es meist darauf hinauskommen, daß der Richter unter Würdigung aller Umstände das Angemessene und Billige bestimmt.

§ 21.

Rechtlicher Charakter.

Nach dem oben in § 12 Gesagten sind nur noch einige kurze Bemerkungen nötig.

Auch das heutige benef. comp. gehört durchaus dem materiellen Recht an; obgleich es — rein praktisch betrachtet — die Zwangsvollstreckung des Gläubigers beschränkt, ist es keine Pfändungsbeschränkung nach Art der C.P.O. §§ 811, 850. Der wirtschaftliche Gedanke ist bei beiden Instituten derselbe;[1]) er ist aber juristisch vollständig verschieden

[1]) So auch Stammler S. 25, indem er weiter bemerkt, dieser Gedanke verdiene weiter ausgebaut zu werden. Ob ausgiebigere Verwendung des benef. comp. von Segen wäre, ist fraglich, daß die

ausgestaltet. Die intensivere Ausgestaltung ist die Pfändungsbeschränkung — öffentliches Recht für alle gültig, die schwächere tritt uns im benef. comp. entgegen als Sonderrecht einiger Schuldner, die Befriedigung des Gläubigers in gewissem Umfang zu verweigern.

Dieses Recht ist ein höchst persönliches; es steht jedoch im Belieben des Schuldners, ob er davon Gebrauch machen will: es ist also auch Verzicht auf dasselbe im allgemeinen zulässig. Vorgängigen Verzicht des Schenkers erklären Oertmann[1]) und Staudinger[2]) aus der sozialen Zweckbestimmung des Gesetzes, einen Behelf in der Not zu bieten, für unzulässig; es wird wohl für die Frage der Unzulässigkeit bezw. Nichtigkeit, wie schon im römischen Recht, darauf abzustellen sein, ob der Verzicht gegen die guten Sitten oder weiterhin gegen den Sinn des Gesetzes verstößt.

Das Verweigerungsrecht des Schuldners stellt sich dar als „Gegenrecht" gegen das Recht des Gläubigers, als Einrede im Sinn des Bürgerlichen Gesetzbuchs.[3])

§ 22.

Prozessuale Behandlung.

I. Geltendmachung.

Das benef. comp. als materiellrechtliche Einrede wirkt nicht nur innerhalb des Prozesses.[4]) Die Regel wird jedoch

---

Pfändungsbeschränkungen nach einigen Richtungen des Ausbaus fähig sind, soll nicht bestritten werden — aber zu große Rücksicht auf den Schuldner bringt immer Härte und Unbilligkeit gegen den Gläubiger.

[1]) zu § 519 Nr. 3.

[2]) zu § 519 sub I, 2.

[3]) Daß § 519 I dem Schenker eine Einrede gibt, ist außer allem Zweifel, daß es beim benef. comp. durch Vertrag ebenso ist, dürfte nach dem oben S. 52 zu Anm. 2 Gesagten durchaus anzunehmen sein.

[4]) Crome I S. 184: Irrig die Annahme, daß die Einrede nur im Prozesse wirke.

sein, daß es dem beklagten Schuldner im Prozesse zur Verteidigung[1]) dient. Der Beklagte muß die Einrede in der mündlichen Verhandlung (§ 278 C.P.O.) geltend machen: es genügt, anders als bei der Einwendung, nicht, daß die Tatsachen, aus denen sie folgt, zur Kognition des Richters gelangt sind: Solange der Richter nur von dem Vorhandensein der Einrede weiß und nicht feststeht, ob der Beklagte sich auf dieselbe beruft, darf sie nicht berücksichtigt werden.[2])

Die Tatsachen, welche die Einrede begründen, hat der Beklagte im Bestreitungsfall zu beweisen.

Als „Einwendung, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betrifft" — dazu gehören alle Einreden und Einwendungen im Sinne des B.G.B. —, kann das benef. comp. auch noch gegenüber der rechtskräftigen Verurteilung im Wege der sog. Vollstreckungsgegenklage (§ 767 I C.P.O.) geltend gemacht werden. Diese nachträgliche Geltendmachung ist jedoch nur nach Maßgabe des § 767 II zulässig: z. B. wenn die Parteien nach dem Zeitpunkt des § 767 II das benef. comp. vereinbart haben oder: wenn nach jener Zeit die Voraussetzungen der Erfüllungsverweigerung entstanden sind.[3])

---

[1]) Es gilt durchaus das oben § 12 Note 1 auf S. 32 Gesagte. s. auch Endemann I S. 515 Note 30: Die Einrede kann regelrecht nur zum Zwecke der Verteidigung in Anwendung kommen. Ähnlich Crome I S. 189.

[2]) s. besonders Gaupp-Stein I S. 636 f., S. 682 f.

[3]) Man vgl. Fischer S. 472—475: Es müssen nicht alle Tatbestandsmomente nachträglich entstanden sein, sondern nur entweder die abstrakte Kompetenzvoraussetzung (das Verhältnis, welches das benef. comp. begründet, heute ausschließlich an Vertrag zu denken), oder die konkrete (z. B. beim Schenker der Umstand, daß er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, das Schenkungsversprechen zu erfüllen, ohne daß . . ꝛc. . . gefährdet wird). — Klage nach § 767 C.P.O. ist aber auch dann begründet, wenn sich die konkrete Kompetenzvoraussetzung lediglich vergrößert hat, z. B. der Schenker, der zur Er-

II. Wirkung.

Die Wirkung der behaupteten und im Bestreitungsfall bewiesenen Einrede ist teilweise, unter Umständen völlige Abweisung des Klägers mit der Klage.

Es ist also die Einrede vollständig sachlich zu erledigen und der Betrag festzusetzen, den der Beklagte zu leisten hat. Unrichtig ist die Ansicht, es ergehe Verurteilung mit Vorbehalt der Einrede, es sei Sache des Beklagten, nach Analogie der §§ 780 I, 781, 785 C.P.O. auf Grund des Vorbehalts Einwendungen gegen die ohne Rücksicht auf sein Einrederecht durchgeführte Zwangsvollstreckung zu erheben.

Diese Ansicht, schon im gemeinen Recht vertreten,[1]) verteidigen für das geltende Recht Gaupp-Stein Bd. 2 S. 334:

> „Weitere Folgerungen aus dem Nebeneinander des publizistischen Anspruchs auf Vollstreckung und des materiellen Anspruchs auf Leistung sind, ... daß Beschränkungen des Anspruchs, wie die Rechtswohltat des Notbedarfs . . . . oder die beschränkte Haftung des Erben nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts im Urteil vorzubehalten sind und bei der Vollstreckung neben jenen prozessualen Schranken

füllung der Schenkungsschuld von 12000 Mk. in Höhe von 10000 Mk. imstande war, und da er sich auf die Einrede berufen hatte, in Höhe von 10000 Mk. verurteilt wurde, kann zweifellos einen nachträglichen Vermögensverlust von 6000 Mk. nach § 767 C.P.O. geltend machen. Aber auch wenn er sich in der mündlichen Verhandlung nicht auf die Einrede berufen hatte und in Höhe von 12000 Mk. verurteilt wurde, ist er bezüglich der 6000 Mk. nach § 767 II nicht präkludiert; denn soweit die Einrede sich auf den Verlust der 6000 Mk. stützt, ist sie nach dem Zeitpunkt des § 767 II C.P.O. entstanden und „insoweit zulässig". Dagegen Entsch. d. Reichsgerichts in Civils. Bd. 33 Nr. 99 S. 378.

[1]) Dernburg, Pand. II § 57; Seuffert, Kommentar z. C.P.O. 6. Aufl. Erl. zu § 686.

(§§ 811, 850 C.P.O.) stehen, die auch für das beschränkte Urteil gelten."

Aus Bd. 2 S. 459 ergibt sich ebenfalls, daß für die Erledigung der „Einrede des Notbedarfs" die Vorschriften der Civil-Prozeßordnung über die Einreden des Erben und ähnliche andere, die auch „nur eine Beschränkung der Haftung herbeiführen sollen", zur Anwendung kommen sollen.

Im römischen Recht wurde das benef. comp. zweifellos im Hauptprozeß vollständig erledigt,[1]) und im gemeinen Recht stehen Dernburg und Seuffert mit ihrer Ansicht ganz vereinzelt. Was das geltende Recht betrifft, so kann man nicht schon aus der Fassung des § 519 darauf schließen, daß die Einrede im (Haupt-)Prozeß vollständig erledigt werden soll[2]): die Paragraphen, die von der Haftungsbeschränkung des Erben handeln, sind ganz ähnlich gefaßt. Entscheidend dürfte sein, daß sich § 519 in § 786 C.P.O. nicht mit aufgeführt findet.[3]) Ein Analogieschluß ist nicht angezeigt, denn der Vorteil eines solchen, daß der Abzug ohne Urteilsänderung nach den jederzeitigen Vermögensverhältnissen des Schuldners bemessen werden könnte, wird reichlich überwogen durch die Unzweckmäßigkeit und Weitläufigkeit, wozu er führen würde. — Was für das benef. comp. des Schenkers festgestellt wurde, gilt gleichermaßen für das durch Vertrag begründete benef. comp.: dasselbe dürfte sich gerade hierin von den ähnlichen Verträgen[4]) unterscheiden, bei denen die Analogie mit den Fällen, welche die §§ 780—786 C.P.O. im Auge haben, angängig, vielleicht sogar zwingend ist.

III. Das benef. comp. eine dilatorische und minuierende Einrede.

---

[1]) s. oben S. 24 und Anm. 5 auf S. 25.

[2]) So Fischer S. 469 unten.

[3]) Windscheid-Kipp nach § 268 sub 1 f.

[4]) s. oben S. 48.

1. Die Einrede der Kompetenz richtet sich, wie jede Einrede i. eng. S., nicht gegen die gültige Entstehung oder das gültige Fortbestehen des geltend gemachten Rechts, m. a. W. sie ist keine rechtshindernde oder rechtsaufhebende Tatsache. Wie schon oben[1]) ausgeführt, läßt sich die eigentümliche Einwirkung der Einrede auf das geltend gemachte Recht als Hemmung desselben beschreiben. Die Frage, ob diese Hemmung wieder wegfallen kann, oder nicht, ist von größter praktischer Wichtigkeit.

Wie im römischen und gemeinen,[2]) so gilt auch im heutigen Recht, daß durch die Einrede der Kompetenz „der Verpflichtete vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist" (§ 202 I B.G.B.) und daß die Geltendmachung des Anspruchs nicht „dauernd ausgeschlossen wird" (§ 813 I B.G.B.): Die Einrede der Kompetenz ist keine peremptorische, zerstörliche, sondern eine dilatorische, verzögernde.[3])

---

[1]) oben S. 31.

[2]) s. oben § 11.

[3]) Es darf das als herrschende Meinung gelten: Schollmeyer S. 30: „Recht zur zeitweiligen Erfüllungsverweigerung"; s. Oertmann zu 519 Nr. 5; Staudinger zu 519 sub II, 7; Windscheid-Kipp II nach § 268 sub 1 f.; dieser Ansicht offenbar auch Crome II S. 115: „Die Rechtswohltat kann zu einer Stundung führen, ... aber nicht endgültig, sondern nur bis er wieder in bessere Vermögensverhältnisse kommt." Damit im Widerspruch Bd. 1 S. 185. Anderer Meinung: Endemann I § 166 Anm. 9, § 88 Anm. 33 und Fischer-Henle zu 519 Anm. 6. Die Zitate gelten für das benef. comp. des Schenkers. Das benef. comp. durch Vertrag anders zu behandeln, liegt kein Anlaß vor. Die Parteiabsicht geht dahin, den Schuldner nur so weit und so lange zur Erfüllungsweigerung zu berechtigen, als ihm die Mittel zu gesicherter Existenz fehlen würden. Anders wohl bei den mehr genannten ähnlichen Verträgen. Hier entspricht es dem Willen der Parteien und folgt schon aus der Natur der Sache, daß das Gläubigerrecht dauernd gehemmt ist, soweit der Gegenstand, auf den die Haftung beschränkt wurde, zur Befriedigung nicht ausreicht.

2. Die Eigentümlichkeit, daß das beneficium competentiae prinzipiell geeignet und darauf gerichtet ist, nicht Abweisung der Klage, sondern nur Minderung der Kondemnation herbeizuführen, war der Grund für die eigenartige Inserierung in die condemnatio.[1]) Diese Eigentümlichkeit, auch im gemeinen Recht nicht verkannt,[2]) findet sich noch heute[3]) und wird durch die Bezeichnung „minuierende" oder „mindernde" Einrede treffend wiedergegeben.

IV. Die Restforderung.

Die Einrede, welche das beneficium competentiae gibt, greift so wenig, als irgend eine andere materiellrechtliche Einrede den rechtlichen Bestand des Forderungsrechtes an und es kann keine Rede davon sein, daß das Forderungsrecht zur Naturalobligation herabsinkt.[4]) Da ferner die Hemmung des Gläubigerrechts, welche durch das beneficium competentiae herbeigeführt wird, eine vorübergehende ist, so kann nach materiellem Recht über die Zulässigkeit der Restforderung kein Zweifel bestehen; fragen könnte sich nur, ob nicht etwa prozessuale Grundsätze der Restforderung entgegenstehen.

Die Geltendmachung der Einrede bewirkt, daß der Gläubiger mit seiner Forderung teilweise, unter Umständen auch

---

[1]) s. oben S. 22.

[2]) s. z. B. Windscheid-Kipp § 47 Note 4.

[3]) vgl. schon die Fassung des § 519: . . . Erfüllung verweigern, soweit . . . Wegen der bezeichneten Eigentümlichkeit kann es aber heute niemand einfallen, dem beneficium competentiae den Charakter als Einrede abzusprechen (s. oben S. 22). Der Normalfall ist allerdings, daß die Einrede volle Abweisung der Klage herbeiführt, aber von der Regel gibt es viele Ausnahmen: vgl. B.G.B. §§ 320—322; § 2014 f. vgl. mit §§ 305, 782 C.P.O.

[4]) s. z. B. Crome I S. 551: Steht dem entstandenen Anspruch eine Einrede entgegen, so ist der Anspruch lahmgelegt, aber klagbar ist er auch hier.

gänzlich abgewiesen wird. Diese im Urteilstenor ausgesprochene Entscheidung über den durch die Klage geltend gemachten Anspruch ist der Rechtskraft fähig (§ 322 C.P.O.). Kann nun nicht der Schuldner jeder neuen Klage des Gläubigers, welche sich auf die abgewiesene Forderung bezieht, die Einrede der Rechtskraft entgegensetzen, bezw. da die Rechtskraft von vielen zu den von Amtswegen zu berücksichtigenden Umständen gerechnet wird, hat nicht der Richter ex officio die neue Klage abzuweisen?

Jede Abweisung wird in ihrer Wirkung durch die Abweisungsgründe bestimmt; rechtskräftig wird die Entscheidung, wie sie sich aus der Vergleichung des Tenors mit den Gründen als lebendiger Inhalt des ersteren ergibt.[1]) Interpretiert man auf diese Weise den starren Urteilstenor, so ergibt sich, daß der Gläubiger nur „zurzeit" abgewiesen ist, abgewiesen auf solange, als die Umstände fortdauern, die den Schuldner zur Erfüllungsweigerung berechtigten, und daß folglich nur auf so lange das Urteil Rechtskraft wirkt. Es steht also der Restforderung die Rechtskraft des früheren abweisenden Urteils nicht entgegen, sobald der Schuldner zu besseren Vermögensverhältnissen gekommen ist. Allerdings wird den Gläubiger — gerade auch, wenn man davon ausgeht, daß die Rechtskraft von Amtswegen zu berücksichtigen ist — die Behauptungs- und Beweislast treffen, daß die Vermögenslage des Schuldners eine günstigere geworden ist.[2])

---

[1]) Crome I S. 574.

[2]) vgl. Windscheid-Kipp nach § 268 sub 1 f.; Dernburg, Bürgerl. Recht II 2. S. 128 sub III 3; Oertmann zu 519 Note 5; Crome II S. 515 Note 19.

B. Die angeblichen Nachbildungen des benef. comp.

§ 23.

Vorbemerkung.

Die in den vorangegangenen Paragraphen behandelten Reste des benef. comp. ergaben sich unmittelbar aus der Untersuchung des § 16: von den zwei Fällen, die sich uns boten, war besonders bemerkenswert der Fall des Schenkers als eine gesetzliche Anerkennung der Rechtswohltat, während der andere, das benef. comp. durch Vertrag, in Rücksicht auf die heute geltende Vertragsfreiheit mehr als selbstverständlich erscheinen darf.

Die folgenden Darstellungen werden sich darum drehen, ob das geltende Privatrecht Nachbildungen des benef. comp. kennt. Die Untersuchungen dürften am zweckmäßigsten in der Weise vor sich gehen, daß die Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches, die von der Literatur zum benef. comp. in Beziehung gebracht sind, einzeln nach den oben in § 18 aufgestellten Gesichtspunkten geprüft werden.

§ 24.

B.G.B. §§ 528, 529.

Ist die Schenkung einmal vollzogen, sollte man meinen sei jede Beziehung zwischen Schenker und Schenkung gelöst. Aber wohl von ähnlicher Anschauungsweise ausgehend, wie das römische Recht, welches die Verpflichtung aus der Schenkung als kein verum debitum betrachtete (l. 49 D. 42, 1), gibt das Bürgerliche Gesetzbuch dem Schenker ein eigenartiges Kondiktionsrecht, soweit er nach Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen standesgemäßen Unterhalt zu be-

streiten und gewisse[1]) gesetzliche Unterhaltspflichten zu erfüllen; im Verhältnis einer facultas alternativa des Beschenkten gegenüber dem Kondiktionsrecht des Schenkers steht die Zahlung des zum Unterhalt erforderlichen Betrags.[2])

I. Es fragt sich nun, ob in § 528 dem Schenker ein benef. comp. gegeben ist. Für die Bejahung könnte man sich auf die Protokolle S. 1651 berufen, wo davon gesprochen wird, dem Schenker ein benef. comp. auch dann zu gewähren, wenn die Schenkung bereits vollzogen ist; diese Bemerkung, die sich zudem auf den abgelehnten Vorläufer des § 528 bezieht, kann jedoch nicht maßgebend sein, denn offensichtlich gibt § 528 ein selbständiges Forderungsrecht: der Bedürftige ist Gläubiger, nicht aber wird er als Schuldner in Schutz genommen. Es fehlt somit schon an der wirtschaftlichen Idee des benef. comp., an die juristische Erscheinungsform gar nicht zu denken. Auch in den dem § 528 ähnlichen Bestimmungen des preußischen (A.L.R. I, 11 §§ 1123, 1126) und des österreichischen Rechtes (allg. G.B. § 947) wurde niemals ein benef. comp. erblickt.[3])

II. Mit mehr Aussicht kann man die Frage nach einem benef. comp. für § 529 II aufwerfen.

§ 528 gibt an, unter welchen Voraussetzungen nach Vollziehung der Schenkung ein Anspruch des Schenkers gegen den Beschenkten auf Herausgabe des Geschenks regelmäßig begründet ist. § 529 fügt Ausnahmen von der Regel, negativ gefaßte Voraussetzungen, hinzu. § 529 I stellt 2 Fälle auf, (eigenes Verschulden des Schenkers und Fristablauf), wo „der Anspruch auf Herausgabe des Geschenks ausgeschlossen ist".

---

[1]) Man beachte die Abweichung des § 528 von § 519.

[2]) Ungenau Staudinger und Dertmann in ihrer Erläuterung („nicht nur Alimentationsanspruch, sondern auch Kondiktionsrecht").

[3]) vgl. Förster-Eccius S. 766 Note 6; Altmann S. 69, 79 Note 4.

§ 529 II fügt einen dritten Fall (eigene Bedürftigkeit des Beschenkten) hinzu, wo „das gleiche gilt".

In diesem Absatz 2 tritt deutlich das Bestreben zutage, dem nach § 528 in Anspruch genommenen Beschenkten einen ebenso weitgehenden Schutz zu gewähren, wie dem Schenker in § 519. Ist dieser Gedanke in Form einer Einrede verwirklicht, so liegt zweifellos eine Nachbildung des benef. comp. vor.

Daß in § 529 II eine Einrede gegeben sei, wird in der Tat von vielen behauptet[1]); allein aus dem Wortlaut des Gesetzes — „der Anspruch ist ausgeschlossen", „das gleiche gilt" — folgt, daß alle 3 Fälle gleichmäßig zu behandeln sind. Wenn der Fall 3 in einen besonderen Absatz verwiesen ist, so liegt der Grund hiefür darin, daß der Satz „soweit der Beschenkte usw.", welcher den regelmäßig nur teilweisen Ausschluß des Anspruchs im Falle 3 bezeichnen soll, sich an die anderen 2 Fälle, in denen ein völliger Ausschluß des Anspruchs stattfindet, nicht anreihen ließ: für diese Anordnung waren also lediglich Rücksichten der Gesetzestechnik maßgebend. Hätte der dritte Fall im Unterschied von den beiden ersten als Einrede gestaltet werden wollen, so wäre es ganz sinnlos gewesen, zu sagen „das gleiche gilt". Es kann somit bei dem klaren Wortlaut des Gesetzes keinem Zweifel unterliegen, daß in Abs. 2 § 529 keine Einrede, kein Gegenrecht gegen

---

[1]) s. Schollmeyer S. 31; Windscheid-Kipp nach § 268 sub 1b; so auch ausdrücklich Oertmann: obgleich ihm der Wortlaut für Gleichstellung mit Abs. 1 spricht, läßt er die Analogie „des hier reproduzierten § 519" entscheiden. Auch Crome II S. 526 hält es aus „inneren Gründen" für nicht zweifelhaft, daß hier lediglich eine Einrede gegeben sei. Planck, der in allen 3 Fällen des § 529 von „Einrede" spricht, scheint Einrede in prozessualem Sinn = Einwendung zu gebrauchen.

den existenten Anspruch des Schenkers, sondern wie in Abs. 1 eine (negative) Voraussetzung dieses Anspruchs aufgestellt ist.[1])

Wenn auch keine Einrede gegeben ist, so könnte man doch wegen der nicht zu bestreitenden Ähnlichkeit des § 529 und des § 519 mit einigem Recht sich für die Benennung benef. comp. entscheiden wollen. Dem wäre entgegenzutreten aus folgendem Grunde: Mit der Vollziehung der Schenkung ist das Geschenk ins Vermögen des Beschenkten übergegangen und Bestandteil desselben geworden; wenn trotzdem das Gesetz dem Schenker aus Billigkeitsgründen einen Anspruch auf Herausgabe verleiht, so muß dieser an sich so beschaffen sein, daß er nicht unbillig gegen den Beschenkten wirkt: unbillig aber würde der Anspruch wirken, wenn er ohne Rücksicht auf die Verhältnisse und Bedürfnisse des Beschenkten gegeben wäre und seine Durchführung den Beschenkten selbst in Not bringen würde. In gewissem Sinn gilt auch hier der Satz: in pari causa possidentis melior esse debet condicio, und er ist so selbstverständlich, daß es töricht wäre, da von einer Rechtswohltat zu sprechen, wo dieser Satz in zweckentsprechender Weise angewendet wird. Ganz ähnliche Wendungen wie in § 529 II finden sich in dessen preußischem und österreichischem Vorbild, ohne daß hierbei jemals ein benef. comp. behauptet worden wäre.[2])

---

[1]) So mit scharfer Betonung Endemann I S. 1037 Note 15, 16: „ausgeschlossen bedeutet keine Einrede"; übereinstimmend Klingemann S. 66 ff.

[2]) A.L.R. I, 11 § 1124: Soweit der Beschenkte sich selbst in Umständen befindet, wo er sich und seiner Familie den nötigen Unterhalt würde entziehen müssen, um dem Schenkenden diese Kompetenz zu reichen, ist letzterer dieselbe zu fordern nicht berechtigt. Österr. G.B. § 947: . . . ist der Schenker vom Beschenkten den nötigen Unterhalt befugt zu verlangen, wenn sich dieser selbst nicht in gleich dürftigen Umständen befindet.

§ 25.

B.G.B. § 829.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch gilt, wie in allen neueren Rechten, für den Ersatz einer Schadenszufügung das Verschuldungsprinzip. Billigkeitsrücksichten haben jedoch dazu geführt, nach dem Vorgang des preußischen und österreichischen Rechts [1]) Ausnahmen zu machen und dem entgegengesetzten Prinzip, der Erfolgshaftung, einigen Raum zu geben. Ein Beispiel bietet § 829, wo auch gegen den unzurechnungsfähigen Schadensstifter unter Umständen ein Schadensersatzanspruch gegeben wird. Der Schaden ist „insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten eine Schadloshaltung erfordert", m. a. W. Bestand und Höhe der Ersatzforderung ist der billigen Erwägung des Richters anheimgegeben. Darnach wäre es überflüssig gewesen,[2]) noch als (negative) Voraussetzung der Ersatzpflicht hinzuzufügen, daß dem Schadensstifter die zum standesgemäßen Unterhalt und zur Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflichten erforderlichen Mittel nicht entzogen werden dürfen; daß hiermit keine Voraussetzung der Ersatzpflicht, sondern eine Einrede gegeben sei, wird von niemand behauptet. Von einem benef. comp. kann gar keine Rede sein.[3]) Wenn irgendwo der Gedanke an eine Rechts-

---

[1]) A.L.R. I 6 §§ 41 ff.; österr. G.B. §§ 1309 f.

[2]) Die Berücksichtigung der nicht angeführten „sonstigen Verpflichtungen" und — trotz des Wortlauts „Erfüllung" — der „Gefährdung" des standesgemäßen Unterhalts und der gesetzlichen Unterhaltspflichten folgt zweifellos aus dem generellen Verweis auf die Billigkeit.

[3]) Ohne nähere Begründung spricht von einem solchen Stammler S. 25; in der Lehre „vom richtigen Recht" S. 469—473 scheint der Gedanke an ein benef. comp. aufgegeben zu sein. Geradezu unverständlich sagt Planck zu § 829 sub 2c: „vgl. wegen des benef. comp. auch § 519."

wohltat weit abseits liegt, so ist das hier der Fall, wo es sich darum handelt, einen Billigkeitsanspruch billig abzugrenzen. Auch bei der analogen Bestimmung des allgemeinen Landrechts wurde der Gesichtspunkt des benef. comp. ausdrücklich und bestimmt verworfen.[1])

§ 26.

B.G.B. §§ 1603, 1605, 1608, 1609.

Häufig, besonders im Familienrecht, knüpft das Gesetz an natürliche und sittliche Verhältnisse rechtliche Befugnisse und rechtliche Verpflichtungen und vollzieht damit Akte rechtspolitischer Klugheit. Bemerkenswert nach dieser Richtung ist die sogen. Unterhaltspflicht. Das Bürgerliche Gesetzbuch widmet ihr einen besonderen Titel, §§ 1601—1615, regelt aber die Materie darin nicht vollständig: in anderem Zusammenhang ist behandelt die Unterhaltspflicht des Ehegatten und des früheren Ehegatten, aber §§ 1608, 1609 ziehen auch diese Vorschriften heran.

I. Der Unterhaltsanspruch ist ein selbständiger familienrechtlicher Anspruch, und es kann somit der Anspruch als solcher in keinerlei Zusammenhang mit dem benef. comp. gebracht werden. In dieser Hinsicht gilt analog das bei § 528 Gesagte.

II. Speziell für den Unterhaltsanspruch gegen Verwandte gilt, daß er, ähnlich wie das Erbrecht, zunächst nur in abstracto als eine Art Anwartschaft besteht (cf. § 1601) und daß für sein Entstehen und Bestehen in concreto gewisse Voraussetzungen vorhanden sein müssen: diese Voraussetzungen sind Bedürftigkeit auf seiten des den Unterhalt Fordernden

[1]) Förster-Eccius S. 766 Note 6 am Schluß; Altmann S. 69 Note 10.

und Leistungsfähigkeit auf seiten des in Anspruch Genommenen (§§ 1602 I, 1603 I); beide Voraussetzungen sind bei der Kindesalimentation erheblich modifiziert (§§ 1602 II, 1603 II).

Damit ist schon gesagt, daß § 1603 I als ein benef. comp. nicht angesehen werden kann. Der wirtschaftliche Gedanke des benef. comp. ist in § 1603 I zweifellos erkennbar, aber er ist nicht verwirklicht in Form eines dem Recht des Fordernden entgegenzustellenden Gegenrechts, nicht in Form einer Einrede, sondern in der einer (negativen) Voraussetzung des Anspruchs: die Unterhaltspflicht tritt in concreto nur ein, bezw. tritt nur insoweit ein, als der in abstracto Verpflichtete bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen imstande ist, ohne Gefährdung seines eigenen standesgemäßen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren (§ 1603 I vgl. mit § 1607 „Soweit — —").

Die Frage, ob es sich nicht trotz Fehlens der juristischen Form empfehlen würde, § 1603 I als benef. comp. aufzuzählen, ist wie bei § 529 in verneinendem Sinne zu beantworten. Es wird weder in den Quellen des gemeinen Rechts und in den Partikularrechten, noch in den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einer Silbe von einer Rechtswohltat gesprochen, sondern es immer in der Natur der Sache begründet erachtet, daß man durch Gewährung von Unterhalt nicht selbst in Not kommen dürfe: „Das Recht und die Pflicht der Selbsterhaltung geht der Pflicht, andere zu unterstützen, vor."[1])

III. Spezielle Vorschriften für die Feststellung und Bemessung der Leistungsfähigkeit gibt § 1604 für den Fall, daß der unterhaltspflichtige Verwandte verheiratet, § 1605 für den Fall, daß er unter elterlicher Gewalt steht; keiner dieser

[1]) Motive IV S. 685.

Paragraphen gibt Anlaß, auf die Frage nach einem benef. comp. einzugehen.

IV. § 1601 stellt den Kreis der unterhaltspflichtigen Verwandten fest; § 1606 bestimmt für sie eine feste Rangordnung, im wesentlichen analog der Erbfolgeordnung (Abweichung Abs. 2 Satz 2).

Ist nun der Bedürftige verheiratet, so konkurriert möglicherweise der Unterhaltsanspruch des Bedürftigen gegen seine Verwandten mit dem gegen seinen Ehegatten (§§ 1360 f.); ebenso konkurriert unter Umständen der Unterhaltsanspruch gegen die Verwandten mit dem gegen den früheren Ehegatten (§§ 1578 ff., 1586, 1345, 1351).

Diese Konkurrenz beseitigt § 1608, indem er vorschreibt, daß der Ehegatte und der frühere Ehegatte vor den Verwandten haftet. Unter denselben Voraussetzungen jedoch, unter denen statt des zunächst verpflichteten Verwandten der nach ihm haftende Unterhalt zu gewähren hat (§§ 1603, 1607), sind die Verwandten vor dem Ehegatten bezw. dem früheren Ehegatten unterhaltspflichtig (§ 1608 Abs. 1 Satz 2, 3, Abs. 2).

Wie §§ 1606, 1608 für die mehreren Unterhaltspflichtigen, so stellt § 1609 für die mehreren Unterhaltsberechtigten eine Rangordnung auf, ebenfalls — wie § 1606 — im wesentlichen analog der Erbfolgeordnung (Ausnahmen in Abs. 2).

Nach dem Ausgeführten kann bei § 1609 die Frage eines benef. comp. überhaupt nicht auftauchen; bezüglich des § 1608 gilt das über § 1603 Gesagte.

§ 27.

B.G.B. § 1579.

I. Die §§ 1578—1583 handeln von der Unterhaltspflicht des allein für schuldig erklärten Ehegatten gegenüber dem

geschiedenen Ehegatten; dem allein für schuldig erklärten Ehegatten steht derjenige gleich, der die Scheidung von dem geisteskranken Gatten erwirkt hat (§ 1583).

Trotz mancher Bedenken[1]) hat Entwurf I, besonders aus Rücksichten der Billigkeit gegen den unschuldigen Gatten, in § 1454 diesen Unterhaltsanspruch eingeräumt; er wurde durchaus analog demjenigen der Verwandten geordnet, insbesondere wurde durch Heranziehung des § 1482 Abs. 1 Leistungsfähigkeit des in Anspruch genommenen Ehegatten zur Voraussetzung gemacht.

Die 2. Kommission hat die Unterhaltspflicht des allein schuldigen Gatten neu und weniger abhängig von der Unterhaltspflicht der Verwandten geregelt[2]): die §§ 1472—1477 Entwurf II entsprechen im wesentlichen B.G.B. §§ 1578—1583: die Änderungen haben sich hauptsächlich auf die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten bezogen, welcher wir unsere besondere Aufmerksamkeit zuwenden.

II. Ist der geschiedene Ehegatte gemäß § 1578 bedürftig, so hat ihm sein allein für schuldig erklärter Gatte vor allen anderen Unterhaltspflichtigen Unterhalt insoweit zu gewähren, als er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts dazu imstande (§ 1578 vgl. § 1608), also im Sinne von § 1603 I leistungsfähig ist. Insoweit der schuldige Ehegatte nach § 1603 I leistungsunfähig ist, haften vor ihm die Verwandten des geschiedenen Gatten. Sind keine Verwandten da oder sind diese gemäß § 1603 I nicht unterhaltspflichtig, so gelten für die Unterhaltspflicht des allein schuldigen Gatten die Bestimmungen des § 1579:

1. Der Mann ist von der Unterhaltspflicht ganz befreit,

---

[1]) s. Motive IV S. 617.

[2]) Protok. S. 5902 ff.

wenn die Frau den Unterhalt aus dem Stamme ihres Vermögens bestreiten kann.

2. Die Unterhaltspflicht des allein schuldigen Gatten beschränkt sich auf das der Billigkeit Entsprechende im Falle des § 1579 Abs. 1 Satz 2.

3. Liegen die Voraussetzungen zu 1. und 2. nicht vor, so ist der allein schuldige Gatte berechtigt, von den zu seinem Unterhalt verfügbaren Einkünften zwei Drittteile, jedenfalls aber soviel zurückzubehalten, als zur Bestreitung seines notdürftigen Unterhalts erforderlich ist.

III. Die Frage, ob in dem Fall zu 3. ein benef. comp. vorliegt, dürfte ernstlich zu erwägen sein. Da der wirtschaftliche Gedanke zweifellos verwirklicht ist, so ist allein zu untersuchen, ob § 1579 Abs. 1 Satz 1 eine Einrede gegen den Unterhaltsanspruch des geschiedenen Gatten gibt, oder eine Voraussetzung bezw. Beschränkung desselben aufstellt.

Für die letztere Auffassung, zu der sich Planck und Staudinger[1]) bekennen, spricht § 1582 Abs. 2 Satz 1: „Die Verpflichtung des Erben unterliegt nicht den Beschränkungen des § 1579" und außerdem die Entstehungsgeschichte.

§ 1579 Abs. 1 Satz 1 ist hervorgegangen aus dem von der zweiten Kommission dem Entwurf I eingefügten § 1454a Abs. 1 (= 1473 Abs. 1 des Entwurfs II): „Ist der . . . Ehegatte . . . . nicht imstande, ... den Unterhalt zu gewähren, so ist er zur Gewährung des Unterhalts nur insoweit verpflichtet, als ihm zwei Dritteile . . . . verbleiben." [2]) In zweiter Lesung wurde beantragt, den § 1473 Abs. 1 so zu fassen, wie B.G.B. § 1579 Abs. 1 Satz 1

[1]) vgl. dieselben zu § 1579.
[2]) vgl. Protok. S. 5902.

lautet,[1]) und es ist bemerkt,[2]) daß sich „gegen die vorgeschlagene Änderung kein Widerspruch erhob“: es wurde demnach die Änderung als rein redaktionelle angesehen.

Dem gegenüber kann man auf den Wortlaut von § 1579 Abs. 1 Satz 1 hinweisen: „Der ... Ehegatte ist berechtigt, ... zurückzubehalten“ und sagen, der Anspruch des geschiedenen Ehegatten werde nicht beschränkt, sondern nur dem verpflichteten Ehegatten ein Recht zugesprochen, die Leistung in gewissem Umfang zu verweigern, m. a. W. in § 1579 Abs. 1 Satz 1 liege eine Einrede.[3]) Dem Ausgangspunkt des in Frage stehenden Unterhaltsanspruches, zugunsten des geschiedenen unschuldigen Ehegatten die Ehe als fortbestehend gelten zu lassen, würde es durchaus entsprechen, daß der allein für schuldig erklärte Ehegatte wie während der Ehe alles, auch den notdürftigen Unterhalt, mit dem geschiedenen Gatten zu teilen verpflichtet wäre und daß man ihm lediglich eine Einrede geben, es also seinem Takt- und Anstandsgefühl überlassen würde, den begründeten Unterhaltsanspruch in bestimmtem Umfang zu hemmen.

Zweifellos wäre die Auffassung des § 1579 Abs. 1 Satz 1 als Einrede richtig, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch

---

[1]) vgl. Protok. S. 8653.

[2]) vgl. Protok. S. 8655.

[3]) Um eine Einrede anzunehmen, braucht man ja nicht nachzuweisen, daß das B.G.B. von „Einrede“ spricht, oder davon, daß der Schuldner das Recht haben solle, „die geschuldete Leistung zu verweigern“. Sicher darf man immer eine Einrede annehmen, sofern aus dem Gesetz hervorgeht, daß dem Schuldner das Recht gegeben sein solle, einen begründeten Anspruch, sei es ganz, sei es teilweise, dauernd oder vorübergehend zu hemmen, sich der Durchführung desselben zu widersetzen. So nimmt Windscheid-Kipp I S. 181 eine Einrede an bei dem „Kürzen-können“ der §§ 2188, 2322 und ist zu derselben Annahme geneigt, wenn nach § 338 der Empfänger berechtigt ist, die Draufgabe zu „behalten“: also eine ganz ähnliche Ausdrucksweise wie in § 1579!

den Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten als eine einheitliche Obligation auf Unterhalt, als eine stabile Rente, somit als eine Art Entschädigungsanspruch[1]) fassen würde; es ist ihm jedoch als einer Nachwirkung der Ehe durchaus der Charakter eines familienrechtlichen Unterhaltsanspruchs beigelegt, so daß er sich auf Grund des familienrechtlichen Verhältnisses unter Berücksichtigung der beiderseitigen Bedürfnisse und Vermögensumstände fort und fort erneuert (quotidie constituitur). Es ist daher unangebracht und vielleicht sogar widersinnig, in § 1579 Abs. 1 Satz 1 — bei anderer möglicher Auslegung — eine Einrede zu finden und die Anschauungsweise von einer durch die Einrede zu bewirkenden Hemmung des Unterhaltsanspruchs zu gebrauchen.

IV. Es sind demnach alle drei in § 1579 geregelten Fälle (negative) Voraussetzungen bezw. Beschränkungen des dem geschiedenen Ehegatten gegen den allein für schuldig erklärten zustehenden Unterhaltsanspruchs: für ein benef. comp. ist also kein Raum.

§ 28.

B.G.B. § 1708 Abs. 2.

Der Vater (vgl. § 1717) eines unehelichen Kindes hat gegenüber dem Kinde bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres nach Maßgabe des § 1708 Abs. 1 eine Unterhaltspflicht, der aber durchaus der Charakter einer Obligation beigelegt ist.

§ 1708 Abs. 2 stellt eine außerordentliche Unterhaltspflicht des Vaters für die Zeit nach Vollendung des 16. Lebensjahres auf, für welche die Vorschrift des § 1603 Abs. 1 An-

[1]) Ausdrücklich abgelehnt in d. Materialien; vgl. Mot. IV S. 614 ff.; Prot. S. 5909 ff.; s. auch Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 7 S. 108.

wendung findet, m. a. W. der Vater ist nicht unterhaltspflichtig, wenn er, oder richtiger: soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verbindlichkeiten außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts dem Kinde den Unterhalt zu gewähren.

Bezüglich der Frage eines benef. comp. gilt also durchweg das über § 1603 Gesagte.

§ 29.

B.G.B. § 1620.

§ 1620 gibt der Tochter im Falle ihrer Verheiratung gegen den Vater, oder unter Umständen gegen die Mutter, einen Anspruch auf Gewährung einer angemessenen Aussteuer. Voraussetzung des Anspruchs ist Leistungsfähigkeit des Vaters bezw. der Mutter im Sinne von 1603 Abs. 1 und Bedürftigkeit der Tochter in der näher umschriebenen Weise.

Von einem benef. comp. kann hier, zumal sich aus der Fassung des § 1620 Abs. 1 ergibt, daß die Leistungsfähigkeit anders als in § 1603 Abs. 1 positive Voraussetzung ist,[1]) aus den mehrfach erwähnten Gründen keine Rede sein, und es ist ganz unverständlich, wie Endemann[2]) ein solches entdecken kann.

§ 30.

Prozessuale Behandlung der angeblichen Nachbildungen des benef. comp.

I. Es wurde gezeigt, wie wenig es angebracht ist, die §§ 528, 529, 829, 1579, 1603, 1605, 1608, 1620, 1708 II

[1]) s. Planck zu 1620 Nr. 3; Staudinger zu 1620 Nr. 2; falsch Fischer-Henle Anm. 4 zu 1620.

[2]) Bd. 2 S. 846.

B.G.B. zum beneficium competentiae in Beziehung zu bringen: §§ 528, 1605, 1620 konnten überhaupt nicht ernstlich in Frage kommen, und von den anderen Paragraphen hat keiner die Prüfung nach dem Maßstab des § 18 der Darstellung bestanden.

II. Wie kommt es nun, daß man so häufig in der Literatur[1]) die Ansicht ausgesprochen findet, in jenen Paragraphen seien Fälle einer im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten Rechtswohltat des Notbedarfs enthalten?

Der Grund dieser Erscheinung dürfte neben der Verkennung des wahren Wesens des benef. comp. in der — allerdings wenig tiefgehenden — Ähnlichkeit zu suchen sein, welche die angeblichen Nachbildungen mit den Resten des benef. comp. hinsichtlich ihrer prozessualen Behandlung aufweisen.

Die Fälle, in denen man ernsthaft die Frage nach einem benef. comp. aufwerfen kann — §§ 529, 829, 1579, 1603, 1608 I, 1708 II B.G.B. —, stellen sich nämlich dar als negative Anspruchsvoraussetzungen, sogen. rechtshindernde oder rechtsausschließende Tatsachen,[2]) und erscheinen demgemäß im Prozeß als Einwendungen.[3])

[1]) vgl. den Literaturnachweis oben § 17.

[2]) Es wurde darauf schon bei Besprechung der einzelnen Paragraphen hingewiesen, man vgl. die Formulierung des Gesetzes und die Bemerkungen der Literatur: § 529: „Der Anspruch ist ausgeschlossen" „das gleiche gilt". § 829: „und ihm nicht . . . . " s. Planck sub 2f.; Staudinger sub 4; Oertmann sub 3. § 1579: „Soweit er außerstande ist, ist er berechtigt . . ."; s. Planck zu 1578 sub 2; Endemann II S. 867; § 1603 I: „unterhaltspflichtig ist nicht . . ."; s. Staudinger sub 1; Planck sub 3; Endemann II S. 850 Note 16. Anders Entw. I, der die Leistungsfähigkeit als rechtserzeugende Tatsache faßte. § 1608 Abs. 1 Satz 2: „Soweit jedoch . . . außerstande ist"; vgl. Staudinger sub 2: Satz 1 enthält die Regel, Satz 2 die Ausnahme.

[3]) — Einwendung im Sinn des B.G.B. vgl. §§ 334, 774, 986 II; C.P.O. spricht hier von „Einreden", s. z. B. §§ 146, 278.

Nach allgemein anerkannten Grundsätzen ist es Sache des Beklagten, die Tatsachen, welche seinen Einwendungen zugrunde liegen, zu behaupten und, falls sie bestritten werden, zu beweisen. Es hat also der Beklagte unter Darlegung seiner Vermögensverhältnisse seine Leistungsfähigkeit, wie sie in jenen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs näher umschrieben wird, darzutun; daß er leistungsfähig ist, wird, wie sich Planck[1]) drastisch ausdrückt, solange angenommen, bis er seine Leistungsunfähigkeit beweist.

Die Wirkung der behaupteten und, wenn nötig, bewiesenen Leistungsunfähigkeit ist die, daß der Kläger insoweit mit der Klage abgewiesen wird, als der Beklagte leistungsunfähig ist, also regelmäßig teilweise, unter Umständen auch vollständig:[2]) aus dieser regelmäßigen Wirkung folgt, daß die Tatsachen, welche der Einwendung zugrunde liegen, nicht sowohl rechtshindernde, als vielmehr rechtsmindernde zu nennen sind.

Die Einwendung ist vom Beklagten bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung vorzubringen (§ 278 C.P.O.). Sie kann jedoch nach § 767 C.P.O. auch gegen die Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden, aber nur unter den Voraussetzungen von § 767 II; zu denken ist nicht bloß daran, daß die Einwendung nachträglich erst entsteht, sondern vor allem auch daran, daß sie sich, etwa infolge eines Vermögensverlustes, verstärkt. Bei Einwendungen gegen eine Unterhaltspflicht konkurriert möglicherweise mit der Klage aus § 767 diejenige aus § 323 C.P.O.

---

[1]) Zu § 1578 Nr. 2.

[2]) Von einer Verurteilung unter Vorbehalt, wie Gaupp-Stein II S. 334 lehrt, kann keine Rede sein. Für eine derartige Behandlung von Anspruchsbeschränkungen müßte noch mehr als bei den Resten des benef. comp., wo zur Not Analogieschlüsse möglich sind (s. oben S. 57), eine gesetzliche Vorschrift nachgewiesen werden.

Diese kurze Skizze genügt, um darzutun, daß die angeblichen Nachbildungen mit den Resten des benef. comp. hinsichtlich der prozessualen Behandlung manche Ähnlichkeit aufweisen, insbesondere was die Einführung und die Wirkung im Prozeß betrifft. Um diese immerhin in die Augen stechende Ähnlichkeit zu kennzeichnen, dürfte es wohl kein Mißgriff sein, jene Paragraphen als Einwendungen des Notbedarfs zusammenzufassen.

III. Diese Einwendungen des Notbedarfs sind jedoch von den Fällen der Rechtswohltat des Notbedarfs scharf zu unterscheiden; die Ähnlichkeit der prozessualen Behandlung ist rein äußerlich, erklärlich dadurch, daß die Rechtswohltat auch eine Einwendung im Prozeß darstellt; diese ist aber ganz anders geartet.

1. Was die Einführung in den Prozeß angeht, so kommt es bei den Einwendungen des Notbedarfs lediglich darauf an, daß die Tatsachen, auf denen sie beruhen, Prozeßstoff geworden sind. Wenn oben eine Behauptungs- und Beweislast für den Beklagten aufgestellt wurde, so will das nicht heißen, daß der Richter jene Tatsachen nur dann berücksichtigen dürfe, wenn sie der Beklagte in den Prozeß eingeführt hat: es bedeutet vielmehr nur, daß der Beklagte den Nachteil davon hat, wenn jene Tatsachen nicht behauptet und bewiesen sind.

Anders beim benef. comp.: Hier genügt es nicht, daß der Richter von den Tatsachen, auf denen es beruht, Kenntnis erhalten hat; es darf als „Einrede" nur dann Berücksichtigung finden, wenn der Beklagte auf Grund jener Tatsachen von seinem Recht, die Leistung zu verweigern, Gebrauch gemacht hat.

Die praktische Verschiedenheit zwischen Einwendung des Notbedarfs und Rechtswohltat des Notbedarfs zeigt sich evident im Falle der Versäumnis des Beklagten: Hat der Kläger Tatsachen vorgetragen, auf denen die Einwendung

beruht, so wird er teilweise, event. auch ganz mit der Klage abgewiesen, da ja sein tatsächliches mündliches Vorbringen den Klagantrag nicht rechtfertigt (§ 331 C.P.O.). Hat dagegen der Kläger Tatsachen vorgetragen, aus denen folgt, daß dem Beklagten — um den Gegensatz strikt zu bezeichnen — die Einrede des Notbedarfs zusteht, so hat der Richter trotzdem auf Antrag das Versäumnisurteil zu erlassen.

2. Auch die Wirkung der Einwendung des Notbedarfs, daß die Klage teilweise, event. ganz abgewiesen wird, erscheint nur einem oberflächlichen Beurteiler gleich derjenigen unserer Rechtswohltat.

Der Urteilstenor ist aus den Urteilsgründen zu interpretieren; bei den angeblichen Nachbildungen der Rechtswohltat ist die Klage abgewiesen, weil das klägerische Recht nicht bestand; in den Fällen der Rechtswohltat ist das klägerische Recht nicht abgesprochen, sondern nur seine Geltendmachung zur Zeit verneint, weil ihm ein Gegenrecht hemmend entgegensteht.

Es ist also eine Restforderung bei den angeblichen Nachbildungen des benef. comp. unmöglich: Der Schenker, der mit seinem Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes, der Geschädigte, der mit seinem Ersatzanspruche gemäß § 829 teilweise oder ganz abgewiesen ist, kann den Anspruch nicht nochmals einklagen, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Beschenkten oder des Schadenstifters nachträglich bessern. Anders allerdings, wenn der wegen Nichtexistenz aberkannte Anspruch nachträglich zur Entstehung kommt, oder wenn der Anspruch nachträglich in erhöhtem Maße entsteht, was bei Unterhaltsansprüchen, die sich auf Grund der maßgebenden Verhältnisse jeden Augenblick neu erzeugen „quotidie constituuntur", durchaus in Rechnung zu nehmen ist. Dieser Besonderheit der Unterhaltsansprüche ist auch § 323 C.P.O.

zu danken, dessen Anwendung einen ähnlichen Erfolg herbeiführen kann, wie die Restforderung beim benef. comp.[1])

§ 31.

Schluß.

Wir haben das beneficium competentiae auf seinem Entwicklungsgang verfolgt. Wir veranschaulichten uns die Umstände, unter denen es im römischen Recht zur Entstehung kam, und seinen ursprünglichen Inhalt; wir sahen seine Verstärkung im justinianischen Recht und seine Umbildung im gemeinen Recht.

Wir wandten uns dann den modernen Rechten zu und suchten aus deren Verhalten Schlüsse zu ziehen für oder gegen die Verwendbarkeit der Rechtswohltat im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Die Erwartungen, mit denen wir hienach an das Bürgerliche Gesetzbuch herantraten, haben sich vollauf bestätigt. Wir haben nur kümmerliche Reste der Rechtswohltat feststellen können, ohne jedoch Anlaß zu finden, dies zu beklagen.

Daß es neben jenen Resten im Bürgerlichen Gesetzbuch neue Fälle, Nachbildungen der Rechtswohltat gebe, ist, wie wir uns überzeugen mußten, „eine manchmal gehörte, aber sicher unrichtige Behauptung" (Crome II S. 261).

Das beneficium competentiae hat sich überlebt, nicht in dem Sinn, daß die Gedanken, denen es seine

---

[1]) Klingemann S. 62 spricht auch bei § 829 von einem neu erwachsenen Anspruch, indem er das Wort „insoweit" nicht nur quantitativ, sondern auch „zeitlich" auffaßt. Diese Auslegung ist doch sehr gezwungen.

Entstehung verdankt, dem modernen Menschen nicht mehr geläufig wären; ganz im Gegenteil: das soziale Schutzprinzip, welches in ihm zu früher Anwendung gelangte, ist heute zumal im öffentlichen Recht so ausgiebig und allgemein verwertet, daß das beneficium competentiae, der beschränkte, nur wenigen zugute kommende Anwendungsfall dieses Prinzips fast ganz entbehrlich ist.

Spezialdruckerei für Dissertationen Robert Noske, Borna-Leipzig.